مجمع الأنهر

للمحقق الفقيه عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي
المدعو بشيخي زاده الحنفي ويعرف بداماد أفندي المتوفى سنة ١٠٧٨ هـ

في شرح ملتقى الأبحر

للإمام إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي المتوفى سنة ٩٥٦ هـ

ومعه

الدر المنتقى في شرح الملتقى

للشيخ محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بالعلاء الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ

خرج آياته وأحاديثه
خليل عمران المنصور

تنبيه:

وضعنا في أعلى الصفحات نص «ملتقى الأبحر» ووضعنا تحته نص «مجمع الأنهر» مفصولاً بينهما بخط متصل، ووضعنا في أسفل الصفحات نص «الدر المنتقى» مفصولاً بينه وبين سابقه بخط منقط

الجزء الثالث

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٩هـ - ١٩٩٨م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١)٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon
Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2305-X



9 782745 123053

http://www.al-ilmiyah.com.lb/
E-mail : baydoun@dm.net.lb

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

وجه المناسبة بينه، وبين ما قبله إنَّ ما قبله إزالة الملك لا إلى مالك، وفيه اليد، فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب، والبسيط مقدم على المركب في الوجود، فقدمه في التعليم وهي جمع بيع بمعنى مبيع كضرب الأمير، والمبيعات أصناف مختلفة، وأجناس متفاوتة، أو جمع المصدر لاختلاف أنواعه إما باعتبار المبيع لأنه إما بيع سلعة بسلعة، ويسمى مقايضة، أو بالثمن وهو البيع المشهور، أو بيع ثمن بثمن، وهو الصرف، أو دين بثمن، وهو السلم، وإما باعتبار الثمن لأنَّ الثمن الأول إنْ لم يعتبر يسمى مساومة، أو اعتبر مع زيادة، فهو المرابحة، أو بدونها، فهو التولية، أو مع النقص فهو الوضعية، أو أريد به الحاصل بالمصدر كعلوم في جمع علم وهو من الأضداد يقال: على الإخراج عن الملك، والإدخال فيه قال ﷺ: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه»[1]، أي لا يشتري على شراء أخيه

. . . .

كتاب البيوع

مناسبته بالوقف خروجه من الملك لكن في الوقف لا إلى مالك، وفي البيع إلى مالك فكان الوقف بمنزلة المفرد، وهو كالمركب، وإنما جمعه نظراً إلى أنواعه، فإنها بالنظر إلى مطلق البيع أربعة نافذ، وموقوف وفاسد، وباطل، وبالنظر إلى المبيع أربعة مقايضة، وصرف وسلم، وبيع مطلق، وهو

---

(1) أخرجه البخاري (نكاح، ٤٥)، (بيوع، ٥٨)، (شروط، ٨)، ومسلم (بيوع، ٨)، (نكاح، ٣٨، ٤٩ _ ٥٢، ٥٤ _ ٥٦)، وأبو داود (نكاح، ١٧)، والترمذي (نكاح، ٣٨)، والنسائي (بيوع، ١٩)، وابن ماجه (نكاح، ١٠)، والدارمي (نكاح، ٧)، والموطأ (نكاح، ١، ٢، ١٢)، وأحمد بن حنبل (٢، ١٢٢، ١٢٤، ١٢٦، ١٣٠، ١٤٢، ١٥٣، ٢٣٨، ٢٧٤، ٣١١، ٣١٨؛ ٣٩٤، ٤١١، ٤٢٧، ٤٥٧، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٨٧، ٤٨٩، ٥٥٨، ٤، ١٤٧، ٥، ١١)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٢/ ٤٧.

البيع مبادلة مال بمال وينعقد بإيجاب وقبول بلفظ الماضي كبعت، واشتريت، وما دل

لأنَّ المنهي عنه هو الشراء لا البيع، ويقع غالباً على إخراج المبيع عن الملك قصداً، ويتعدى إلى المفعول الثاني بنفسه، وبالحرف نحو: باعه الشيء، وباعه منه وربما دخلت اللام، فيقال: بعت الشيء، وبعت لك فهي زائدة، وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها، وباع عليه القاضي أي من غير رضاه.

وكذا الشراء قال الله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس﴾ الآية، أي باعوه، ويقع غالباً على إخراج الثمن عن الملك قصداً.

ثم البيع لا ينعقد إلا بصدور ركنه من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه كسائر العقود وهذا كما في الحسيات، فإنه يحتاج في إيجاد السرير إلى النجار، وهو مثل العاقد في مسألتنا، وإلى الآلة، وهو مثل قوله: بعت، واشتريت، وإلى النجر، وهو مثل إخراج هذا القول على سبيل الإنشاء، وإلى المحل، وهو المبيع، وهذا معنى قول أهل الحكمة: إنَّ العلة على أربعة أقسام: آلية كالفأس، ومحلية كالخشب، وفاعلية كالنجار، وحالية كالنجر، وعلى هذا يخرج مسائل البيوع وغيرها من العقود عند دخول المفسد من حيث الأهل.

ومن حيث المحل، أو غيره، فإنَّ بذلك يختلف الأمر، فإنَّ العقد لا ينعقد أصلاً إذا لم يكن العاقد أهل، وينعقد موقوفاً عند توقف الأهلية، وكذلك لا ينعقد عند فوات المحل، ومشروعية البيع بقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: الآية ٢٧٥]، وبالسنة وهي كثيرة وبإجماع الأمة وبالمعقول (البيع) في الشرع (مبادلة مال بمال) لم يقل بالتراضي ليتناول بيع

. . . .

بيع عين بدين، وبالنظر إلى الثمن أربعة مرابحة، وتولية ووضيعة ومساومة. (البيع) لغة تمليك شيء بشيء سواء كان مالاً، أو لا، وهو من الأضداد، ويستعمل متعدياً وبمن التأكيد، قال ابن القطاع: وربما دخلت اللام مكان منْ يقال: بعتك الشيء، وبعت لك، فهي زائدة، كذا في منح الغفار، ومفاده أنه يُتعدى إلى مفعولين كلاهما بنفسه، والثاني بمن. وبه صرح صاحب المغرب وغيره.

(قلت) فقد أشكل ما في الرضى أنه من حمل النقيض على النقيض، فإنَّ الشراء يتعدى بمن، وشرعا (مبادلة مال) أي تمليك المال كما في الدراية، والمراد بالمال عين يجري فيه التنافس والابتذال، فيخرج ما ليس بمال كحبة من نحو شعير، وكف تراب وشربة ماء كما يخرج الميتة والدم، كما أفاده البهنسي وغيره، وحينئذ، فالمال يثبت بالتمول أي بادخار كل الناس، أو بعضهم، فإنْ أبيح الانتفاع به شرعاً، فمتقوم بالكسر وإلا كخمر، وخنزير فغير متقوم، فإنَّ عدم التمول والانتفاع فليس بمال، ويطلق المال كالمالية على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير، وصرحوا بأنه لا ينعقد البيع بما هو أقل من فلس، ويطلق على الثمن، وهو ما يلزم بالبيع وإنْ لم يقوم به، وإنما خص الأول بالثمن بقرينه الباء، وأفاد تعريفنا لمال بعين أنَّ المنفعة ليست بمال، فإنه مما يدخر لوقت الحاجة، وهذا هو التحقيق.

. . . .

المكره، فإنه منعقد وإنْ لم يلزم، وقال يعقوب باشا: وغيره وينبغي أنْ يزاد قيد بطريق الاكتساب كما وقع في الكتب لاخراج مبادلة رجلين مالهما بطريق الهبة بشرط العوض، فإنّه ليس ببيع ابتداء، وإن كان في حكمه بقاء، انتهى، وفيه كلام لأنَّ قوله ليس ببيع ابتداء يقتضي إن يكون الهبة بشرط العوض في ابتداء العقد تبرعاً محضاً لا مبادلة، فخرج بقوله المبادلة فلا حاجة إلى هذا القيد وكذا لا حاجة إلى قيد على وجه التمليك كما قيل لأنه يفهم من المبادلة أيضاً، **(وينعقد)** البيع أي يحصل شرعاً **(بإيجاب)** هو كلام أول من يتكلم من المتعاقدين حال إنشاء البيع سميَّ بالإيجاب مبالغة لكونه موجباً أي مثبتاً للآخر خيار القبول. **(وقبول)** أي من إيجاب، وقبول، أو بسببهما، وهو كلام ثاني من يتكلم منهما في تلك الحال فعلم أن هذين

. . . .

قلت: وهذا كله في غير الغصب أما فيه فقد صرح الشافعية بأنه يحرم غصب حبة من الحنطة، ونحوها ويكفر باستحلاله وإنْ لم يعد مالاً في باب البيع، وكذا يحرم غصب كل ما يقتني كسر قين، وجلد ميتة قابل للدبغ، ويجب رده وقواعدنا لا تأباه وليحرر (بمال) أي تمليك شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه لم يقل كما في العناية وغيرها بالتراضي بطريق الإكتساب أي طلب الربح، كما في الحواشي السعدية ليشمل بيع المكره، والمبادلة بطريق التبرع، والهبة بشرط العوض إذ لا ضرر في شمول البيع لذلك، ولذا قالوا: لو قال: وهبتك هذه الدار بثوبك هذا، فقبل كان بيعاً بالإجماع، إذ العبرة للمعاني لا للألفاظ.

ثم الكلام فيه في مواضع كثيرة منها شروط صحته، وانعقاده ولزومه ونفاذه. فشرط في العاقد الولاية، ولو بوكالة، أو وصية والتمييز، فيصح عقد المميز موقوفاً على إجازة وليه، أو وصيه أو نفسه بعد البلوغ والتعدد فلم ينعقد بالوكيل من الجانبين إلا في الأب والقاضي والوصي وعبد يشتري نفسه من مولاه بأمره، وسماع كل منهما كلام الآخر، فلو ادعى أحدهما عدمه مع سماع أهل المجلس لم يصدق حيث لا وقر.

وشرط في العقد موافقة الإيجاب للقبول، وكونهما في مجلس حقيقة، أو حكماً وبلفظ الماضي حقيقة، أو حكماً كما يأتي.

وشرط في صحة الإيجاب أن لا يقرن بما يبطله فلو وهبه الثمن قبل القبول بطل، وشرط في صحة القبول حياة الموجب وكونه قبل رجوع الموجب قبل تغير المبيع، وقبل رد المخاطب بالإيجاب، وفي الخانية القبض يقوم مقام القبول، وشرط في المبيع كونه مالاً متقوماً شرعاً مقدور التسليم في الحال، أو ثاني الحال كما بسطه الكمال زاد في البحر، وأن يكون مملوكاً في نفسه موجوداً ليخرج بيع الكلأ ولو في أرضه بيع المعدوم وباقي المرام يأتي في أثناء الكلاء.

نعم ههنا فرعان يكثر الاحتياج إليهما ذكرهما في البحر معزياً للقنية. الأول: ما يؤخذ من البياع على وجه الجر كالملح، والزيت، والعدس لو اشتراها بعدما انعدمت صح.

الثاني: شراء البراءات التي يكتبها أهل الديوان على العمال لا يصح قيل له: أئمة بخارى جوزوا

. . . .

اللفظين من أركانه فمن الظن أنهما خارجين من حقيقة البيع وينبغي أن يكون الواو بمعنى الفاء فإنهما لو كانا معاً لم ينعقد، والإطلاق شامل لأنواعه الأربعة الجائز، والفاسد، والموقوف، الباطل كما في القهستاني وفيه إشارة إلى أنَّه لا ينعقد بالوكيل من الجانبين إلا في الأب، فإنَّه يتولَّى الطرفين في مال الصغير وفي الخانية الواحد لا يتولى العقد من الجانبين إلا في مسائل منها الأب إذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه، أو باع من ماله من ولده فإنه يكتفي بلفظ واحد وقال جواهر زاده: هذا إذا أتى بلفظ يكون أصلاً في ذلك اللفظ بأنْ باع ماله فقال: بعت هذا من ولدي فإنَّه يكتفي بقوله: بعت أما إذا أتى بلفظ لا يكون هو أصلاً في اللفظ بأن أراد أن يبيع ماله من ولده، فقال: اشتريت هذا المال لولدي لا يكتفي بقوله: اشتريت، ويحتاج إلى قوله بعت، ومنها الوصيّ إذا باع ماله من اليتيم، أو يشتري مال اليتيم لنفسه، وكان ذلك خيراً لليتيم.

ومنها الوصيّ إذا اشترى مال اليتيم للقاضي بأمر القاضي، ومنها العبد يشتري لنفسه من مولاه بأمره، وأما القاضي فإنه لا يعقد لنفسه لأنَّ فعله قضاء، وقضاؤه لنفسه باطل فلا يملك

. . . .

بيع خطوط الأئمة، قال: لأنَّ مال الوقف قائم، ولا كذلك ثمة، قال في البحر: والفرع الأول خرج عن القاعدة، فيجوز بيع المعدوم هنا، ويستفاد من الثاني أنه يجوز للمستحق بيع خبزه قبل قبضه من المشارف بخلاف الجندي إذا باع الشعير المعين لعلف دابته قبل قبضه انتهى.

قلت: الظاهر أن ما في القنية ضعيف لاتفاق كلمتهم على أنَّ بيع المعدوم لا يصح، وكذا غير المأكول، أما المانع منه أن يكون المأخوذ من الملح ونحوه بيعاً بالتعاطي، ولا يحتاج في مثله إلى بيان الثمن لأنَّه معلوم كما سيجيء، وخط الإمام لا يملك قبل القبض، فأنى يصح بيعه وكن على ذكر مما قاله ابن وهبان في كتاب الشرب: ما في القنية إذا كان مخالفاً للقواعد لا التفات إليه ما لم يعضده نقل غيره، كذا في النهر (وينعقد) البيع، ويحصل شرعاً (بإيجاب) هو اللفظ الصادر، أولاً (وقبول) هو اللفظ الصادر ثانياً، ويرد على التعرفين ما لو أخرجا معاً فإنَّ البيع صحيح كما في التتار خانية، وأقره في البحر، والنهر لكن في القهستاني، وينبغي أن تكون الواو بمعنى الفاء فإنهما لو كانا معاً لم ينعقد كما قالوا في السلم. والأب لو باع ماله من طفله، أو اشترى لم ينعقد بدونهما لكن الصحيح أنَّه يتم بقوله: بعته، أو اشتريته من مال ولدي.

وكذا الوصي لو باع مال اليتيم لنفسه، أو للقاضي بأمره، أو العبد نفسه من مولاه بأمره كما في الزاهدي انتهى، ويرد على التعريف الأول ما لو تعدد الإيجاب فإنَّ القبول يكون إلى الإيجاب الثاني، ويكون بيعاً بالثمن الأول، وفي الطلاق، والعتاق على مالٍ إذا قبل بعدهما لزمه المالان، ولا يبطل الثاني الأول كما في جامع الفصولين يعني، وفي غيرهما يبطل الثاني الأول فيكون الثاني هو الأول، وفي الأشباه تكرار الإيجاب مبطلٌ للأول إلا في عتق، وطلاق على مال وسيجيء في الصلح، وفي منظومة المحبية، وكل عقد بعد عقد جدداً، فأبطل الثاني لأنَّه سدىً.

فالصلح بعد الصلح أضحى باطلاً.

على معناهما وبالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح ولو قال: خذه بكذا، فقال:

كما لا يملك تزويج اليتيمة من نفسه (بلفظ الماضي كبعت، واشتريت) لأنَّه إنشاء، والشروع قد اعتبر الإخبار إنشاء في جميع العقود فينعقد به، ولأن الماضي إيجاب، وقطع، والمستقبل عدة أوامر، وتوكيل، ولهذا انعقد بالماضي، وفي القنية ينعقد بلفظين مستقبلين ثم قال: لا ينعقد، وبين التوفيق بين قولين بأنَّه إن أراد بالمضارع الحال ينعقد، وإن أراد به الاستقبال، والوعد لا لأنَّ المضارع يحتمل الحال، والإستقبال، وفي التحفة باللفظين الماضيين ينعقد بدون النية.

وأما بصيغة المستقبل لا إلا بالنية قال صاحب القنية: وهذا الفقه، وهو أنَّ الشرع جعل الإيجاب، والقبول علامة الرضى، والإخبار عن الحال أدل على الرضى، وقت العقد من الماضي فقول الهداية؛ ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل محله ما إذا خلا عن النية، أو مراده المستقبل المصدر بالسين أو سوف فإنه لا يحتمل غيره فلا يرد على كلام الهداية شيء كما في المنح، وفصل المولىٰ سعدىٰ أفندي في هذا المحل في حاشيته، فليطالع، وفي المحيط سماع المتعاقدين الإيجاب، والقبول شرط الإنعقاد، ولو سمع أهل المجلس، وقال البائع: لم أسمعه، ولم يكن به، وأقر لم يصدق (وما دل على معناهما) أي معنى الإيجاب، والقبول كقول البائع: أعطيت، أو بذلت، أو رضيت أو جعلت لك هذا بكذا فإنه في معنى بعت، وقال المشتري: اخترت، أو قبلت، أو فعلت، أو أجزت أو أخذت، وقد يقوم القبض مقام القبول كما لو قال: بعتك هذا بدرهم فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً ينعقد البيع كما في الخيانية.

(و) ينعقد أيضاً (بالتعاطي) لأن جوازه باعتبار الرضى، وقد وجد، وحقيقته وضع الثمن

. . . .

وكذا النكاح ما عدا مسائلاً، منها الشراء بعد الشراء صححوا. (بالسين)، كذا كفالة على ما صرحوا إذ المراد صاح في المحقق، منها إذاً زيادة التوثق (بلفظي الماضي كبعت) واشتريت (وما دل على معناهما) كأعطيت، والماضي أعم من الحقيقي ليعم لفظ المضارع الغير المقرون بالسين، أو سوف فينعقد بنية الحال في الأصح، وقيده في المحيط بما إذا لم يكن أهل البلدة يستعملونه للحال.

فإن كان كذلك كأهل خوارزم لم يحتج إليها، وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بأحدهما، أو الأمر فلا ينعقد به إلاَّ الأمر إذا دل على الحال كخذه بكذا بطريق الإقتضاء، ولو كتب إلى رجل اشتريت فكتب قد بعت فهذا بيع، ولو كتب بعت فكتب قد بعت لم يكن بيعاً لأنه لم يوجد أحد الركنين.

وعن أبي يوسف لو قال: عبدي هذا لك بألف إنْ أعجبك فقال: أعجبني فهذا بيع، وكذا وافقك، أو وافقني.

وعنه لو قال: بعتني عبدك فقال: نعم، فقال: قد أخذته فهذا بيع لازم، وفيه إشارة إلى أنه يشترط سماع كل من العاقدين كلام الآخر كما في المحيط، ولعل الاكتفاء مشعر بأنَّ البيع ينعقد بلا ذكر الثمن، وفي التمرتاشي فيه روايتان (و) ينعقد البيع (بالتعاطي)، وهو التناول في المجلس، ولو من

أخذت، أو أرضيت صح، وإذا أوجب أحدهما فللآخر أن يقبل كل المبيع بكل الثمن في

وأخذ المثمن عن تراضي منهما في المجلس كما قالوا: وهو يفيد أنه لا بد من إعطاء من الجانبين، وعليه الأكثر كما ذكره الطرسوسي، وأفتى به الحلواني، وفي البزازية أنه المختار لكن في التنوير، ويكتفي بالإعطاء من أحد الجانبين على الأصح إذا لم يصرح مع التعاطي بعدم الرضى، وفي المنح.

هكذا صححه الكمال في الفتح، ونص مُحمد على أنَّ بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين، وبهذا ينتظم المبيع والثمن، وفي القاموس وغيره التعاطي التناول، وهو إنما يقتضي الإعطاء من جانب والأخذ من جانب لا الإعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي.

وفي الكرخي وبه يفتي، واكتفى الكرماني بتسليم المبيع مع بيان الثمن.

أما إذا دفع الثمن ولم يقبض فلا يجوز **(في النفيس)** كالعبيد والجواهر **(والخسيس)** كاللحم، والخبز **(هو الصحيح)** احتراز عن قول الكرخي: فإنه قال: إنما ينعقد بالخسيس دون النفيس **(ولو قال: خذه بكذا، فقال: أخذت، أو رضيت صح)** لأنَّ قوله: خذه أمر بالأخذ بالبدل، وهو لا يكون إلا بالبيع فكأنه قال: بعته منك به فخذه فقدر البيع اقتضاء فيثبت باعتباره، وفرق في الولوالجية في القبول بنعم بين أنْ يبدأ البائع بالإيجاب والمشتري فإنْ بدأ

. . . .

جانب به يفتي كما في القبض، وصححه قاضيخان، وغيره قيل هذا إذا قبض المبيع.

وأما إذا قبض الثمن فلا يكفي كما في العمادية لكن في الزاهدي أنَّه يكفي إذا كان على وجه الشراء لتحقق الرضى دلالة حتى لو صرح بعدم الرضى لم ينعقد به كما في القهستاني، ولا بد أيضاً أن لا يكون بعد عقد فاسد، أو باطل فإنْ كان لم ينعقد به قبل المشاركة لأنه بناء على السابق كما في الخلاصة، وغيرها **(في النفيس)** هو نصاب السرقة **(والخسيس)** ما دونه **(هو الصحيح)** خلافاً للكرخي، ومن صور التعاطي ما لو جاء المودع بأمة غير المودعة قائلاً هذه أمتك وحلف حل الوطء للمودع.

وكذا ردها بخيار عيب. وكذا لو قال للخياط: ليست هذه بطانتي فحلف أنها هي وسعه أخذها كما في الفتح، وفي البزازية الإقالة تنعقد بالتعاطي أيضاً من أحد الجانبين على الصحيح، انتهى.

وكذا الإجازة كما في العمادية، وكذا الصرف كما أفاده في النهر مستدلاً بما في التتار خانية اشترى عبد بألف درهم على أنَّ المشتري بالخيار فأعطاه مائة دينار.

ثم فسخ البيع فعلى قول الإمام الصرف، جائز، ويرد الدراهم، وعلى قول أبي يوسف الصرف: باطل قال: وهي فائدة حسنة لم أر من نبه عليها **(ولو قال)** البائع **(خذه بكذا فقال)** المشتري **(أخذت أو رضيت صح)** البيت لإقتضائه سبقه كما لو قال: بعتك عبدي هذا بألف، **فقال** المشتري: **فهو حر** عتق، وبدون ألف لا ذكره البهنسي، وغيره **(وإذا أوجب)** أي أوقع الإيجاب **(أحدهما)** أي أحد العاقدين بائعاً كان أو مشترياً **(فللآخر)** الخيار في المجلس، ويمتد للحاجة إلى التفكير كما في الاختيار أما **(أن يقبل**

المجلس أو يترك لا بعضاً دون بعض إلا إذا بين ثمن كل وإن رجع الموجب أو قام

البائع، فقال: بعت عبدي هذا بألف، فقال المشتري: نعم لم ينعقد لأنه ليس بتحقيق.

وإنْ بدأ المشتري فقال لآخر: اشتريت عبدك هذا بألف، وقال الآخر: نعم صح البيع لأنه جواب، **(وإن أوجب أحدهما)** أي أحد المتعاقدين **(فللآخر أن يقبل كل المبيع بكل الثمن في المجلس)** أي في مجلس الإيجاب أعم من أن يكون بالخطاب أو بالرسول كما إذا قال لرسوله: قل لفلان: بعت عبدي منه بكذا.

فذهب الرسول فأخبره فقال المشتري: في مجلسه ذلك اشتريت أو بالكتاب لأنَّ كلاً منهما سفير فمجلسه كمجلس العقد بالخطاب فلو قال: بعت منه فبلغه يا فلان فبلغه هو رجل آخر جاز بخلاف ما لم يقل بلغه فبلغه فقبل لا يجوز لأنَّ شرط العقد في البيع لا يتوقف على قبول غائب إتفاقاً كما في النكاح على الأظهر عند الطرفين، وفي الزاهدي لو قال: بعني من فلان الغائب فحضر الغائب في المجلس فقال اشتريت صح **(أو يترك)** كل المبيع بعين إذا قال البائع بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار إن شاء قبله، وإن شاء رد لأنه مخير غير مجبر فيختار أيهما شاء فهذا خيار القبول فيمتد إلى آخر المجلس للحاجة إلى التفكر، والتروي، والمجلس جامع للمتفرقات فاعتبر ساعاته ساعة واحدةً دفعاً للعسر، وتحقيقاً لليسر، وعند الشافعي لا يمتد بل هو على الفور **(لا)** يقبل آخر بائعاً كان، أو مشترياً أي ليس له أن **يقبل** كل المبيع ببعض الثمن، أو بعضه بكله، أو ببعضه لأنه تفريق للصفقة، وإنه ضرر بالبائع فإنَّ من عادة التجار ضم الردي إلى الجيد في البيع لترويج الردي فلو صح التفريق يزول الجيد عن ملكه، ويبقى الردي فيتضرر بذلك.

وكذلك المشتري يرغب في الجميع فإذا فرق البائع الصفقة عليه يتضرر إلاّ أن يرضى الآخر بذلك في المجلس بعد قبوله في البعض، ويكون المبيع بما ينقسم عليه الثمن بالأجزاء كعبد واحد أو مكيلاً أو موزوناً فأما ما لا ينقسم إلاً بالقيمة كثوبين أو عبدين فلا يجوز، وإن قبل الآخر **(إلا إذا بين ثمن كل)** مما قبل الآخر ومما ترك لأنَّ ذلك دليل على رضاه بالتفريق، ولأنَّ الإيجاب حينئذ في معنى إيجابات متعددة، أما إذا كرر في البيان لفظ البيع بأن قال: بعتك

. . . .

كل المبيع بكل الثمن في المجلس أو يترك) وهذا يسمى خيار القبول ما لم يرجع الموجب أو يشتغل الآخر بغير ما عقد له المجلس، أو ما هو دليل الأعراض لأنه لو لم يخير لزمه حكم العقد جبراً، وهو منتفق **(لا)** أن يقبل **(بعضاً دون بعض)** لتفريق الصفقة إلا أن يرضى الآخر، ويكون المبيع مما ينقسم عليه الثمن بالأجزاء كمعدود أو مكيل أو موزون فلو لم يرض، أو كان المبيع مما ينقسم باعتبار القيمة كما إذا أضيف إلى عبدين لم يجز، وإن رضى به لأنه استئناف عقد بلا تعيين حصة المبيع كما في المحيط **(إلا إذا بين)** الموجب بائعاً كان أو مشترياً **(ثمن كل)** واحد لتعدد الصفقة في المنقسم بالقيمة

أحدهما عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب وإذا وجد الإيجاب والقبول لزم البيع بلا

هذين بدرهمين بعت هذا بدرهم، وبعت هذا بدرهم يجوز إتفاقاً، وأما إذا لم يكرر بأن قال: بعتك هذين بدرهمين كل واحد بدرهم فيجوز عندهما خلافاً للإمام بناء على أن البيع يتكرر بتكرر لفظ بعت عنده وبتفصيل الثمن عندهما كما في أكثر المعتبرات فعلىٰ هذا ينبغي للمصنف أن يذكر الخلاف كما هو دأبه تدبر (**وإن رجع الموجب**) سواء كان بائعاً أو مشترياً (**أو قام أحدهما**) يعني لو كانا قاعدين فقام أحدهما (**عن المجلس قبل القبول**) ظرف لرجع وقام على سبيل التنازع (**بطل الإيجاب**) أما الأول فلأن المانع من الرجوع لزوم إبطال حق الغير، وهو منتف ههنا لأنَّ الإيجاب لا يفيد الحكم بدون القبول، فإنْ قيل إنَّ كان الموجب المشتري ففي رجوعه أبطال حق البائع، وهو تملكه الثمن، وإن كان البائع ففي رجوعه أبطال حق المشتري، وهو تملكه المبيع أجيب بأنَّ الحق للموجب لأنه أثبت، ولاية التملك للآخر، وبأن حق التملك لا يعارض حقيقة الملك للبائع لكونها أقوى منه.

وأما الثاني فلان القيام دليل الأعراض، والرجوع، ولهما ذلك قبل القبول فإنْ قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال: بعد القيام قبلت ينبغي أن يثبت الرجوع أجيب بأنَّ الإيجاب بطل بما يدل على الأعراض فلا يؤثر التصريح بعده، وفي الفتح، وعلى اشتراط إتحاد المجلس، وأما إذا تبايعا، وهما يمشيان أو يسيران، ولو كانا على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختاره غير واحد كالطحاوي، وغيره إنه إن أجاب على فور كلامه متصلا جاز، وفي الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعدما مشي خطوة أو خطوتين جاز، ولا شك أنهما إذا كانا يمشيان متصلاً لا يقع الإيجاب إلاَّ في مكان آخر بلا شبهة، وقال صدر الشهيد: لا يصح في ظاهر الرواية، ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها، وأجاب صح.

وكذا في نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى.

....

كبعتك هذين العبدين هذا بألف، وهذا بمائة أي، وإن لم يكرر لفظ بعت وهو قولهما، وهو المختار فعندهما تتعدد الصفقة بتفصيل الثمن، وشرط أبو حنيفة لتعددها تكرر لفظ البيع أيضاً فليفهم (**وإن رجع الموجب**) صح رجوعه وإن لم يعلم به الآخر كما في التتمة لخلوه عن إبطال حق الغير (**أو**) إن (**قام أحدهما**) أي الموجب أو القابل، وقوله (**عن المجلس**) لا حاجة إليه لأنَّ مجرد القيام دليل الأعراض، وإن لم يذهب عن المجلس على الراجع كما أفاده في النهر تبعاً للكمال، وبه جزم ابن الكمال، وذكر شيخ الإسلام أنه إذا لم يذهب لم تبطل في القهستاني عن المحيط، قال: وفيه إشعار بأنهما لو تبايعا يمشيان بلا سكتة (**التملك**) بين الكلامين انعقد البيع، وقيل ما لم يتفرقا بالأبدان، والأول أصح كما في الاختيار (**قبل القبول بطل الإيجاب**) فلو قبل بعدهما لا ينعقد، وكذا بعد اشتغال أحدهما بغير ما عقد له

خيار مُجلس ويصح في العوض المشار إليه بلا معرفة قدره، ووصفه لا في غيره وبثمن

ثم قبل بخلاف ما لو أكملها أربعا، ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز.

وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس إلاَّ إذا اشتغل بالأكل، ولو ناما جالسين لا يختلف بخلاف ما لو ناما مضطجعين أو أحدهما، وإن كانا قائمين، واقفين فسارا أو أحدهما بطل الإيجاب.

وكذا لو لم يقم، ولكن يتشاغل في المجلس بشيءٍ غير البيع بطل الإيجاب كما في أكثر المعتبرات فعلى هذا إنَّ ما في الإصلاح من قوله أو قام أيهما لم يقل عن مجلسه لأنَّ الإيجاب يبطل بمجرد القيام، وإن لم يذهب عن المجلس لدلالته على الإعراض فيه كلام لوجود دليل الإعراض بدون القيام، والمراد بذكر القيام تبدل مجلس الإيجاب مطلقاً تدبر، وفي الجوهرة، وإن كان قائماً فقعد.

ثم قبل فإنَّه يصح لأنَّه بالعقود لم يكن معرضاً، وفي القنية رجل في البيت فقال للذي في السطح: بعته منك. بكذا فقال: اشتريت صح إذا كان كل واحد منهما يرىٰ صاحبه، ولا يلتبس الكلام للبعد.

وكذا إذا تعاقدا، وبينهما النهر، والسفينة كالبيت **(وإذا وجد الإجاب والقبول)** من المتقاعدين **(لزم البيع)** وفيه إشارة إلى أنَّ البيع يتم بهما ولا يحتاج إلى القبض، ولا إلى إجازة البائع بعدهما، وهو الصحيح **(بلا خيار مجلس)** إلاَّ من عيب أو عدم رؤية، وقال الشافعي: لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام: المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فإنَّ التفرق عرض يقوم بالجوهر، وهو الأبدان، ولنا قوله عليه السلام: «لا ضرار في الإسلام».

وفي إثبات الخيار لأحدهما إضرار للآخر فلا يثبت، والخيار فيما رواه محمول على خيار المقبول، وتفرقهما محمول على التفرق بالأقوال بأنْ قال أحدهما: بعت، وقال الآخر: لا أشتري لما جاء في رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن

. . . .

المجلس كما في المجتبى، وصرح في الاختيار بأن المجلس يبطل بما يبطل به خيار المخيرات، **(وإذا وجد الإيجاب والقبول لزم البيع)**، ولا خيار لواحد منهما إلاَّ من عيب أو عدم رؤية، وفيه إشارة إلى أن البيع يتم بهما، ولا يحتاج إلى القض كما في المحيط **(قلت)**: نقله هنا في النهر عن الصيرقية لو أقر بالبيع كاذباً لم ينعقد كما لو قال زيد لعمر: وقتلت ابنك، ثم صدقه لا يقبل منه التصديق انتهى فليحفظ **(بلا خيار مجلس)** خلافاً للشافعي، والحديث محمول على تفرق الأقوال إذ الأحوال ثلاث قبل قبولهما، وبعد قبولهما، وبعد كلام الموجب قبل قبول المجيب، وإطلاق المتبايعين في الأولين مجاز الأول، والثاني مجاز الكون أي باعتبار ما يؤول، وباعتبار ما كان، والثالث حقيقة فيكون مراداً أو يحتمل أن يكون مراداً فيحمل عليه.

. . . .

بيعهما»[١]. وهذا لأنَّ الأحوال ثلاثة أقسام لم يوجد فيه رجن ما وهيّ حالة الهيئة، وقسم وجد فيه ركنان، وقسم وجد فيه أحدهما دون الآخر فنقول: هذا الاسم، وهو كونهما متبايعين قبل صدور الركنين، وبعده بطريق المجاز باعتبار ما يؤول في الأول، وباعتبار ما كان في الثاني، وفيما إذا وجد أحدهما دون الآخر بطريق الحقيقة فيكون مراداً، أو يحتمل أن يكون مراداً فيحمل عليه، والفرق بينهما إن كان أحدهما مراداً، والآخر محتمل للإرادة، وتمامه في العناية فليطاع.

(ويصح) البيع (في العوض المشار إليه) مبيعاً كان أو ثمناًفإنَّ كلاً منهما عوض عن الآخر، والحكم المذكور مشترك بينهما، ولذلك قال: في العوض، ولم يقل في الثمن كما في الإصلاح، وقال سعدي أفندي: وتقرير صدر الشريعة صريح في أنَّ المراد بالأعواض الأثمان فتأمل في الترجيح (بلا معرفة قدره، ووصفه) لأنَّ الإشارة أقوى أسباب التعريف، وجهالة القدر، والوصف معها لا تقضي إلى المنازعة فلا تمنع الجواز لأنَّ العوضين حاضران، والأموال الربوية مستثناة من هذا الحكم فإنَّ بيع الحنطة بجنسها مثلاً لا يجوز بالإشارة لاحتمال الربا.

وكذا السلم فإنَّ معرفة قدر رأس المال شرط عند الإمام إذا كان فيما يتعلق العقد على مقداره كما سيأتي إنْ شاء الله تعالى. (لا) يصح البيع (في غيره) أي في غير المشار إليه بلا معرفة قدره كعشرة، ونحوها، وصفته ككونه مصرياً أو دمشقياً لأنَّ جهالتهما تفضي إلى النزاع المانع من التسليم، والتسلم فيعري العقد عن المقصود، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز

. . . .

ويصح) البيع (في العوض) ثمناً كان، أو مثمناً (المشار إليه) إن لم يكن ربوياً قوبل بجنسه، ولا سلما اتفاقاً ولا رأس مال السلم إذا كان مكيلاً أو موزوناً عند الإمام، كما سيجيء بلا معرفة قدره كعشرة، ونحوها، (ووصفه) ككونه مصرياً أو دمشقياً لأنَّ الإشارة نافية للجهالة المفضية إلى المنازعة في التسليم، والتسلم. تنبيه: لو كان الثمن في صرة، ولا يعرف ما فيها من الخارج كان له الخيار، ويسمى خيار الكمية لا خيار الرؤية لأنَّه لا يثبت في النقود كما في الفتح فليراجع (لا) يصح البيع (في) عوض (غيره) أي غير مشارٍ بلا معرفة القدر، والوصف لافضاء جهالتهما إلى النزاع، وكل جهالة تفضي إليه تمنع الجواز، والحاصل أنَّ الثمن يعرف بالإشارة حاضر أو بذكر القدر، والصفة غائباً أو لازماً في

---

(١) أخرجه البخاري (بيوع، ٤٢، ٤٤، ٤٧)، ومسلم (بيوع، ٤٥)، وأبو داود (بيوع، ٥١)، والنسائي (بيوع، ٩، ١١)، والموطأ (بيوع، ٧٩)، وأحمد بن حنبل (١، ٥٦)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ٢٥٢.

حال، ومؤجل بأجل معلوم ولو اشترى بأجل سنة فمنع البايع البيع حتى مضت ثم سلم فله أجل سنة أخرى خلافاً لهما وإن أطلق الثمن فإن استوت مالية النقود ورواجها صح

هذا فيما يحتاج إلى التسليم، وفيما لا يحتاج إليه كما إذا أقر لفلان بمتاع عنده فاشتراه منه، ولم يعرفا مقداره جاز كما في الزاهدي (و) يصح البيع (**بثمن حال، ومؤجل**) لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ﴿**بأجل معلوم**﴾ معناه إذا بيع بخلاف جنسه، ولم يجمعها قدر لأنَّه لو بيع بجنسه، وجمعهما قدر لم يجز تأجيله كما في المنح قيد بمعلوم لأنَّ جهالة الأجل تفضي إلى المنازعة، فالبائع يطالب في مدة قريبة، والمشتري يأباها فيفسد فإنْ اختلفا في الأجل فالقول قول من ينفيه.

وكذا لو اختلفا في قدره فالقول لمدعي الأقل، أو البينة، بينة المشتري في الوجهين، وإن اتفقا على قدره، واختلفا في مضيه فالقول للمشتري إنَّه لم يمض، والبينة بينته أيضاً كما في الجوهرة، وقيد بالثمن لأن المبيع إذا كان عيناً لا يصح الأجل، فإنْ شرط فيه الأجل فالبيع فاسد لأنَّ التأجيل في الأعيان لا يصح، وفي المنح لو باع مؤجلاً انصرف إلى شهر لأنَّه المعهود في الشرع في السلم، واليمين في ليقضين دينه أجل، وفي شرح المجمع لو مات البائع لا يبطل الأجل، ولو مات المشتري حل المال، فإنَّ فائدة التأجيل أن ينجز فيؤدي الثمن من نماء المال فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل، (**ولو اشترى بأجل سنة**) غير معينة (**فمنع البائع البيع**) ولم يسلمه (**حتى مضت**) السنة (**ثم سلم**) البيع (**فله**) أي فللمشتري (**أجل سنة أخرى**) عند الإمام لأنَّ التأجيل للتصرف في المبيع، وإيفاء الثمن بواسطته، وكان إلى سنة مجهولاً على سنة مبدؤها قبض المبيع عرفاً محصلاً لفائدة التأجيل (**خلافاً لهما**) فإنَّ عندهما لا أجل له بعد سنة لأنه أجله سنة، وقد مضت فصار كما لو قال إلى رمضان، وفي البحر عليه ألف ثمن جعله الطالب نجوماً إن أخل بنجم حل الباقي فالأمر كما

. . . .

الذمة (و) يصح البيع (**بثمن حال**)، وهو الأصل (و) بثمن (**مؤجل**) ولا يثبت الأجل إلاَّ بالشرط ما لم يكن ربوياً (**بأجل معلوم**) لأنَّ جهالته تفضي إلى المنازعة فيفسد ولو باع مؤجلاً انصرف إلى شهر، ولو اختلفا في الأجل فالقول لنا فيه، ولو في قدره فلمدعي الأقل، والبينة للمشتري في الوجهين، ولو في مضيه فالقول للمشتري، والبينة له أيضاً، ولو مات البائع لا يبطل الأجل، ولو قال تركته وأبطلته، أو جعلت المال حالاً بطل، وفي البزازية له ألف من ثمن مبيع فقال: أعط كل شهر مائة درهم لم يكن تأجيلاً، وفي الملتقط عليه ألف ثمن جعله الطالب نجوماً إن (و) أجل بنجم حل الباقي فالأمر كما شرطا وهي كثيرة الوقوع (**ولو اشترى بأجل سنة**) منكرة (**فمنع البائع المبيع**) عن المشتري (**حتى مضت**) السنة (**ثم سلم**) المبيع (**فله**) أي للمشتري (**أجل سنة أخرى**) أولها يوم التسليم لأنَّ فائدة التأجيل الانتفاع بالثمن، وقد منعه، ولهذا لو مات حل المال بموته (**خلافاً لهما**) لأنَّ في الزامه بسنة غيرها تأجيلاً لم يذكر حالة العقد، والتقصير من قبله، وهذا بخلاف ما لو أجله إلى رمضان، ومنعه عن القبض حتى

ولزم ما قدر من أي نوع كان وإن اختلفت رواجاً فمن الأروج وإن استوى رواجها لا ماليتها فسد ما لم يبين ويصح في الطعام، وكل مكيل، وموزون كيلاً ووزنا، وكذا جزافاً

شرطا (**وإن أطلق الثمن**)، والمراد من الإطلاق أن يكون مطلقاً عن قيد البلد، وعن قيد وصف الثمن بعد أن سميَّ قدره بأن قال بعته بعشرة دراهم مثلاً (**فإن استوت مالية النقود**) بأن لا يكون بعضها أفضل من بعض مع تفاوت أنواعها (**ورواجها صح**) البيع (**ولزم ما قدر**) من عشرة، وغيره (**من أي نوع كان**) أي من الأحادي، أو الثنائي، أو الثلاثي لأنَّ الواحد من النوع الأول، والاثنين من الثاني، والثالث من الثالث متساويات في المالية، والرواج فالمشتري يعطي أي نوع يريد إذ لا نزاع عند عدم تفاوت المالية، وهو المانع في الجواز (**وإن اختلفت رواجاً فمن الأروج**) أي أروج النقود في البلد إذ المتعارف بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فالتعيين بالعرف كالتعيين بالنص فيعتبر مكان العقد فلو باع شيئاً من رجل ببصرة بكذا من الدنانير فلم ينعقد الثمن حتى وجد المشتري ببخارى يجب عليه الثمن بعيار بصرة كما في الخزانة (**وإنْ استوى رواجها لا ماليتها**) بأنْ يكون بعضها أفضل من بعض (**فسد**) البيع للجهالة المفضية إلى النزاع (**ما لم يبين**) أنه من أي نوع فإذا بين تندفع الجهالة المانعة من التسليم فيصح، فالحاصل أنَّ المسألة رباعية لأنَّها إما أنْ تستوي في الرواج، والمالية معاً، أو تختلف فيهما، أو تستوي في أحدهما، والفساد في صورة واحدة، وهي الاستواء في الرواج، والإختلاف في المالية، والصحة في ثلاث صور فيما إذا كانت مختلفة في الرواج، والمالية فينصرف إلى الأروج، وفيما إذا كانت مختلفة في الرواج مستوية في المالية فينصرف إلى الأروج أيضاً، وفيما إذا استوت فيهما، وإنما الاختلاف في الاسم كالمصري، والدمشقي فيخير المشتري في دفع أيهما شاء كما في المنح.

. . . .

دخل رمضان حل المال، وقالا هما سواء، وبعد التأجيل لا يملك الحبس لاستيفاء الثمن لا قبل الأجل، ولا بعده، ولو في المبيع خيار له أو لأحدهما، والتأجيل مطلق فمن وقت لزوم العقد.

كذا في البزازية، وغيرها (**وإن أطلق الثمن**) بعد تسمية قدر خال عن الوصف، والإشارة، ونقد البلد فاللأم للعهد، وهذا أولى من الثمن المطلق فإنه يتناول الماهية لكونها مطلقة، والمذكور يتناول الماهية على أي حال كانت (**فإن استوت مالية النقود، ورواجها صح**) البيع (**ولزم**) دفع (**ما قدر به من أي نوع كان**) فيدفع المشتري أي نوع شاء (**وإن اختلفت رواجاً**) مع استواء المالية أو اختلافها (**فمن الأروج**) في بلده لأنّه معلوم عرفاً، وهو كالمعلوم شرعاً (**وإن استوى رواجها لا ماليتها فسد**) البيع للجهالة (**ما لم يبين**) المشتري أحد النقود في المجلس، ويرضى به البائع لارتفاع المفسد تقريره، فالمسألة رباعية، وبدل الصلح والأجرة كالبيع كما في البزازية بخلاف الدعوى والإقرار، فيشترط البيان، وفي المهر ينظر إلى مثلها، وبقي الخلع، والوقف قال في البحر: وينبغي أن يستحق الأقل،

إن بيع بغير جنسه وبإناء أو حجر معين لا يدري قدره ومن باع صُبرة كل صاع بدرهم

(ويصح) البيع (في الطعام)، وهو الحنطة ودقيقها.

وكذا سائر الحبوب كالعدس، والحمص، وغيرهما، وقال بعض المشائخ: ما يقع في العرف على ما يمكن أكله من غير أدام كاللحم المطبوخ، والمشوي، ونحوه قال: صدر لشهيد، وعليه الفتوى، (وكل مكيل، وموزون كيلاً) في الكيلي (ووزناً) في الوزني، وما ورد الشرع بكيله فهو كيلي أبداً، وما ورد بوزنه فهو وزني أبداً، وما لم يرد فيه شيء يعتبر فيه العرف، (وكذا) يصح بيع الكيلي والوزني (جزافاً)، وهو البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن (إنْ بيع بغير جنسه) لقوله ﷺ: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم» بخلاف ما إذا بيع بجنسه مجازفة، فإنه لا يصح لاحتمال الربا إلاّ إذا كان قليلاً، وهو ما دون نصف الصاع لعدم المعيار الشرعي، وهو نصف الصاع.

(و) يصح بيع الكيلي (بإناء) معين (أو) بيع الوزني بوزن (حجر معين) كل منهما (لا يدري قدره) إذا لم يحتمل الإناء النقصان والحجر التفتت كان يكون من خشب، أو حديد، فإنْ احتملهما لم يجز وكذا إذا باعه بوزن شيء يخف إذا جف كالخيار والبطيخ لأنَّ الجهالة فيه لا تقضي إلى المنازعة لأنَّ البيع يوجب التسليم والحال، وهلاكه قبل التسليم نادر، وبه اندفع ما رواه حسن من عدم الجواز للجهالة كما في المنح وغيره، لكن التعليل يقتضي البيع حالاً فلا يتصور التفتت، والجاف في الحال فينبغي أنْ يجوز مطلقاً سواء احتمل التفتت والجفاف، أو لا إلاّ في السلم لأنَّ التسليم فيه متأخر إلى حلول الأجل، فيحتملهما فيحتاج إلاَّ أنْ يحمل عليه تأمل وفي التبيين هذا إذا كان الإناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض، ولا ينبسط كالقصعة والخزف.

وأما إذا كان ينكبس كالزنبيل، والقفة، فلا يجوز إلا في قرب الحال استحساناً بالتعامل فيه روي ذلك عن أبي يوسف.

(ومن باع صُبرة)، وهي بالضم ما جمع من الطعام (كل صاع) بدل من صبرة (بدرهم

. . . .

وقيده في النهر بما إذا لم يعرف عرف الواقف (ويصح) البيع (في الطعام) هو عرفاً الحنطة ودقيقها (وكل مكيل، وموزون كيلاً) في المكيل (ووزناً) في الموزون، ويعتبر العرف في غير ما ورد الشرع بكيله، أو وزنه.

(وكذا) يصح بيع ذلك (جزافاً) مثلث الجيم معرب كزاف بالضم، وهو الحدس بلا كيل، ولا وزن (إن بيع بغير جنسه) وإلاَّ فلا يجوز إن دخل تحت الكيل، أو الوزن لاحتمال الربا فلو لم يحتمله كالفضة إذا باعها بجنسها كفة ميزان بكفة ميزان جاز كما في الفتح، وفي جامع الفضولين شرى قصيل البر بالبر كيلاً، وجزافاً يجوز لعدم الجنس (و) من المجازفة البيع (بإناء) لا ينقص (أو حجر) لا يتفتت

صح في صاع فقط إلا أنْ يسمى جملتها، وللمشتري الفسخ بالخيار وإنْ كيل أو سمَّى

صح في صاع) واحد **(فقط)** عند الإمام لأن ما سماه، وهو الصاع الواحد معلوم القدر والثمن، فيجوز البيع فيه، وما وراءه مجهول القدر والثمن، فلا يجوز فيه **(إلا أن يسمي جملتها)** ـ أي جملة صيعانها في العقد بأنْ قال: بعتك هذه الصبرة على أنها مائة صاع بمائة درهم، فيصح في جملتها لارتفاع الجهالة، **(وللمشتري الفسخ بالخيار وإنْ)** وصلية **(كيل)** مجهول كال **(أو سمي)** مجهول سمى **(جملتها)** أي جملة الصيغان **(في المجلس بعد ذلك)** أي بعد البيع ظرف لكيل، وسمي على طريق التنازع، وفي اطلاقه يشعر بأنَّ الخيار ثابت له مطلقاً.

أما في كيلها، أو تسميتها في المجلس فلأن الثمن كان مجهول المقدار في ابتداء بيع الصغيرة، وكان يحتمل أن يكون الثمن في ظنه أقل من الذي ظهر، فلما انكشف الحال بكيلها، أو تسميتها ثبت له الخيار.

وأما في عدم كيلها وعدم تسميتها فلأنَّ الصفقة تفرقت على المشتري لأنه اشترى صبرة، وانعقد البيع في قفيز كما في شرح المجمع **(ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لا يصح)** البيع **(في شيء منها)**: أي من القطيع عند الإمام لأنه ينصرف إلى الواحد والواحدة منها متفاوتة، فلا يصح البيع في واحد منها بخلاف مسألة الصبرة.

(وكذا) لا يصح البيع **(لو باع ثوباً كل ذراع بدرهم)** عند الإمام لما مر أطلق الثوب تبعاً لما في أكثر المتون، وقيده العتابي بثوب يضره التبعيض أما في الكرباس، فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام لأن التبعيد لا يضره كما في العناية لكن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد، فإذا وجد التفاوت في جنس الثوب اعتبر الحكم في الكل تدبر، وفي المنح نقلاً عن القنية اشترى ذراعاً من خشبة، أو ثوب من جانب معلوم لا يجوز ولو قطعه، وسلمه لم يجز أيضاً إلاّ أنْ يقبل، وعن أبي يوسف جوازه، وعن محمد فساده ولكن لو قطع وسلم فليس

. . . .

(معين لا يدري قدره) قيد فيهما لعدم الجهالة بتعجيل التسليم، ويثبت للمشتري الخيار فيهما كما في النهر مستنداً لجمع النوازل، ونظير ما نحن فيه لو باعه حنطة في مبيت أو مطمورة في أرض المشتري لا يعلم مبلغها، ولا منتهى حيز الحفيرة كان له الخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك، وإن كان يعلم منتهى المطمورة، ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز بلا خيار إلاَّ أن يظهر تحتها صفة، ونحوها كذا في الخانية وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت، جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز **(ومن باع صبرة)** مشار إليها كما يعلم من كلامهم وهي الطعام المجموع.

وكذا كل مكيل أو موزون أو معدود متقارب إذا لم تختلف قيمته **(كل صاع)** وكذا كل صاعين أو ثلاثة **(بدرهم صح)** البيع **(في صاع)** واحد **(فقط)** أي فيما سمي لكونه معلوماً، وفسد في الباقي **(إلاَّ أن يسمي جملتها)** أي الصعيان أو يكيلها في المجلس فيصح لارتفاع الجهالة بزوال المفسد قبل تقرره

جملتها في المجلس بعد ذلك. ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لا يصح في شيء منها، وكذا لو باع ثوباً كل ذراع بدرهم. وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يصح في الكل في جميع ذلك. وإن باع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدت أقل أو أكثر

للمشتري الامتناع، وعلى هذا لو باع غصباً من شجرة من موضع معلوم حتى لو اشترى الأوراق بأغصانها، وكان موضع قطعها معلوماً ومضى وقتها فليس للمشتري أنْ يسترد الثمن.

(وكذا) لا يصح (كل معدود متفاوت) كالبقر والإبل، والعبيد والبطيخ والرمان، والسفرجل لما ذكرنا بخلاف المتقارب كالجوز لعدم التفاوت (وعندهما)، والأئمة الثلاثة (يصح في الكل) أي في كل المبيع (في جميع ذلك) المكذور من الصبرة، والقطيع والثوب والمعدود المتفاوت لأن زوال الجهالة بيدهما فلا تفضي إلى المنازعة لأنها تزول بالكيل، والعد والزرع، ومثل ذلك لا يعد مانعاً، ولأن قيام طريق المعرفة كقيام حقيقة المعرفة في حق جواز البيع كما لو باع عبداً بوزن هذا الحجر ذهباً، أو بهذه الدراهم ولا يعلم وزنها.

واعلم أنَّ المصنف رجح قول الإمام، لأنه قدمه كما هو دأبه، لكن ظاهر ما في الهداية ترجيح قولهما لتأخير دليلهما كما هو عادته، وصرح في الخلاصة، والزاهدي وغيرهما بأن الفتوى على قولهما تيسيراً على الناس قال في البحر: وقد وضعت ضابطاً فقهياً لم أسبق إليه لكلمة كل بعد تصريحهم بأنها لاستغراق أفراد ما دخلته في المنكر وأجزائه في المعرف وهو أنَّ الأفراد إنْ كانت مما لا يعلم نهايتها، فإن لم تفض الجهالة إلى المنازعة فإنها تكون على أصلها من الاستغراق كمسألة التعليق، والأمر بالدفع عنه وإلا فإن كان لا يمكن معرفتها في المجلس، فهي على الواحد اتفاقاً كالإجارة والإقرار والكفالة وإلاّ فإن كانت الأفراد متفاوتة لم يصح في شيء عنده كبيع قطيع كل شاة بكذا وصح في الكل عندهما كالصبرة والأصح البيع في واحد عنده كالصبرة انتهى (وإنْ باع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم) فكيلت (فوجدت أقل) من

. . . .

(وللمشتري الفسخ بالخيار) أي خيار التكشف لتفرق الصفقة (وإن) وصلية (كيل) لصبرة أو سمى (جملتها) بعد العقد (في المجلس) فيصح البيع في الكل وله الخيار لعلمه بالكتم الآن فإن رضي هل يلزم البيع بدون رضى البائع الظاهر نعم حتى لو فسخ (التنازع) البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه لا يصح لو زالت الجهالة بأحدهما (بعد ذلك) أي المجلس لتقرر المفسد وقالا: يصح مطلقاً وظاهر الهداية ترجيح قولهما لتأخير دليلهما كما هو دأبه.

وفي المحيط وغيره وعليه الفتوى كما في القهستاني وفي الشر نبلالية عن البرهان، والنهر عن العيون وبه يفتي لضعف دليل الإمام بل تيسيراً على الناس (قلت): وكأنه في البحر لم يطلع على هذا الترجيح فقال: رجح قولهما في الخلاصة في نظيره فذكره وتبع على ذلك في منح الغفار فلا تغفل قيد بالبيع لأنه في الإجارة، والكفالة والإقرار ينصرف إلى الواحد اتفاقاً وفي غضب الخانية كل إنسان تناول

أخذ المشتري الأقل بحصته أو فسخ والزائد للبائع. وفي المذروع يأخذ الأقل بكل الثمن أو يفسخ والزائد له بلا خيار للبائع. وإن سمّي لكل ذراع قسطاً من الثمن أخذ الأقل بحصته وكذا الزائد وله الخيار في الوجهين وصح بيع عشرة أسهم من مائة سهم من دار

المائة عشرة مثلاً (**أو أكثر**) من المائة فخير إنْ شاء (**أخذ المشتري الأقل**) أي التسعين (**بحصته**) بالكسر أي بنصيبه من المائة وأسقط ثمن ما عدم لعدم ضرره من النقصان (**أو فسخ**) البيع إن شاء بالإجماع لعدم رضائه بالأقل (**والزائد للبائع**) إجماعاً لأنه في الكمية المنفصلة قدر واصل فلا يكون للمشتري لأنَّ البيع وقع على قدر معين فلا يستحق الزيادة بل القدر المعين.

ومن هنا ظهر أنه وجد مائة قفيز يجوز البيع في الكل بلا خيار لواحد منهما إجماعاً وفيه إشارة إلى أنَّ التخيير فيما إذا لم يقبض شيئاً منه لو قبض كان بمنزلة الاستحقاق بلا خيار له كما في الخانية (**وفي المذروع**) يعني لو اشترى ثوباً على أنه مائة ذراع بمائة درهم فوجد أقل فخير المشتري إنْ شاء (**يأخذ الأقل بكل الثمن**) أي بمجموعه لأنَّ الأخذ بإعطاء جميع الثمن نافع للبائع لأخذه الثمن بلا نقصان مع عدم المنع من جانب الشرع لأنَّ الذرع وصف في المذروع لكونه عبارة عن الطول ففواته لا يوجب سقوط شيء من الثمن المعين (**أو يفسخ**) أي إنْ شاء يفسخ لعدم انعقاد البيع حقيقة إذ لم يوجد المبيع المعين فيكون أخذه بكل الثمن على وجه التعاطي (**والزائد له**) أي للمشتري بالثمن بلا زيادة قضاء وليس له ديانة كما في القهستاني (**بلا خيار للبائع**) لأنه وجد المبيع مع زيادة وهيَّ في الكمية المتصلة صفة، وتبع فلا يقابله شيءٌ من الثمن كما لو باعه على أنه معيب فوجد سليماً فالبائع لا يخير بل يجبر على لتسليم وحاصله إنَّ القلة، والكثرة من حيث الكيل، والوزن قدر واصل فالمكيل والموزون لا يتعيبان بالتبعيد ومن حيث الذرع وصف وتبع فالذروع يتعيب به وفي العناية تفصيل، فليراجع (**وإنْ سمّي لكل ذراع قسطاً من الثمن**) بأن قال: بعتك هذا الثوب على أنه مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجده المشتري أقل من القدر المسمى إن شاء (**أخذ الأقل بحصته**) أي بحصة الأقل من الثمن

. . . .

من مالي فهو له حلال، قال ابن سلمة: لا يجوز، وقال ابن سلام: يجوز وعليه الفتوى.

(**ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لا يصح**) البيع (**في شيء منها**) لتفاوت أفرادها (**وكذا**) لا يصح في شيء (**لو باع ثوباً كل ذراع بدرهم، وكذا كل معدود متفاوت**) كعبيد وإبل وبطيخ زاد في البائع.

وكذا كل ما في تبعيضه ضرر كمصنوع أوان (**وعندهما يصح في الكل في جميع ذلك**) المذكور من الصبرة والقطيع بلا خيار للمشتري إن رآه وعليه الفتوى كما مر.

(**قلت**) فقول البهنسي: بعد سوق الدليل فظهر رجحان قول الإمام فيه كلام لأنَّ رجحان قولهما لا لضعف الدليل بل للتيسير كما سمعت فتنبه ولو سمى عدد الغنم، والذرعان أو جملة الثمن صح اتفاقاً

. . . .

لا بكل الثمن لأنَّ الذرع هنا أصل مقصود بقوله: كل ذراع بدرهم.

ونزل كله منزلة ثوب على حدة وإن شاء يتركه لأن المبيع إذا لم يوجد تاماً لا يوجد العقد حقيقة فيكون أخذه على وجه التعاطي **(وكذا الزائد)** أي لو وجده المشتري أكثر من القدر المسمى خير بين أن يأخذ الزيادة بحساب كل ذراع بدرهم لأنَّ البائع عنيَّ بقوله: كل ذراع بدرهم إنَّ كل واحد من الذرعان المسماة بدرهم واحد إلى غايته فلا بد من رعاية هذا المعنى وبين أنْ يفسخ دفعاً لضرر التزام الزائد، وعن هذا قال: **(وله)** أي للمشتري **(الخيار في الوجهين)** أي في النقصان، والزيادة وفيه إشارة بأنَّ ثبوت الخيار فيهما يدل على بقاء العقد الأول فيهما إلاَّ في قول للشافعي بطل البيع وفي العناية كلام فليطالع، **(وصح بيع عشرة أسهم)**، أو أقل أو أكثر **(من مائة سهم من دار)** أو غيرها بالإتفاق لأنَّ العشرة منها اسم لجزء شائع والسهم أيضاً اسم لشائع لا لموضع معين وبيع الشايع جائز فيصير من له عشرة أسهم شريكاً لمن له تسعون سهماً فلا يؤدي إلى المنازعة **(لا)** يصح **(بيع عشرة أذرع من مائة ذراع منها)** من الدار عند الإمام لأنَّ المبيع معين قدراً ومجهول محلاً لتفاوت جوانب الدار في القيمة

. . . .

للعلم بتمام الثمن التزاماً في الأول، ومطابقة في الثاني، وفي السراج قال الحلواني: الأصح عند الإمام أنه إن علم عدد الأغنام في المجلس لا ينقلب العقد صحيحاً لكن لو كان كل منهما على رضاه ينعقد البيع بالتعاطي، ونظيره البيع بالرقم وسنقرره في خيار الشرط **(وإن باع صبرة)** هي بالضم ما جمع من الطعام بلا كيل، ولا وزن **(على أنها مائة قفيز بمائة درهم)** فكيلت الصبرة **(فوجدت أقل)** من المائة **(أو أكثر)** منها **(أخذ المشتري الأقل بحصته)** إن شاء **(أو فسخ)** لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء الرضى.

وكذا الحكم في كل مكيل أو موزون ليس في تبعيضه ضرر **(والزائد للبائع)** لوقوع البيع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية والقدر ليس بوصف، وفيه إشارة إلى أن التخيير فيما إذا لم يقبض شيئاً منه فلو قبض كان بمنزلة الاستحقاق بلا خيار له كما في البيع الفاسد من الخانية ذكره القهستاني وسيجيء **(وفي)** بيع **(المذروع)** كثوب وأرض إن لم يبين حصة كل **(يأخذ الأقل بكل الثمن أو يفسخ)**، هذا إذا لم يكن المبيع مشاهداً له فإن كان مشاهداً انتفى الغرور فلا خيار كما حرره في النهر على خلاف ما في البحر من أنه قيد لمسألة الصبرة نعم تخييره بين الأخذ، والفسخ في المسألتين مقيد بما إذا لم يقبض المبيع، أو قبض البعض فإن قبض الكل لا يخير يعني وإنما يرجع بالنقصان كأنه صار بالقبض راضياً بذلك **(والزائد له)** أي للمشتري ديانة أيضاً وقيل لا كما في المعراج، وفي القهستاني عن الخانية أنَّه له قضاء لا ديانة **(بلا خيار للبائع)** لأنَّ الذرع في المذروع وصف وإنما كان الذرع وصفاً دون المقدار اصطلاحاً لأنَّ التشقيص يضر الأول دون الثاني، وقالوا: ما تعيب بالتشقيص والزيادة، والنقصان وصف وما ليس كذلك أصل، وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن يعني ما لم يكن مقصوداً فيشبه الأصل فيأخذ قسطاً **(إن)** من الثمن كما دل عليه قوله: **(وإن سمي لكل ذراع قسطاً من الثمن)** بأن قال على أنه مائة ذراع، كل ذراع بدرهم فظهر أقل **(أخذ الأقل بحصته)** من الثمن لصيرورته

لا بيع عشرة أذرع من مائة ذراع منها وعندهما يصح فيهما ولو باع عدلاً على أنه عشرة أثواب فإذا هو أقل أو أكثر فسد البيع ولو فصل الثمن فكذا في الأكثر، ويصح في الأقل

فصار كبيع بيت من بيوت الدار بغير تعيين وذكر الخصاف إنَّ الفساد عنده إذا لم يعلم جملة الذراعان، وأما إذا علم جملتها يجوز عنده والصحيح أنه لا يجوز عنده مطلقاً. **(وعندهما يصح)** البيع **(فيهما)** أي في الأسهم، والأذرع إذا كانت الدار مائة ذراع لأنَّ عشرة أذرع من مائة ذراع منها عشرها كعشرة أسهم من مائة سهم فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم **(ولو باع عدلاً)** عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره، ومنه عدل الحمل **(على أنه عشرة أثواب)** بعشرة دراهم، أو أقل أو أكثر **(فإذا هو أقل)** من المسمى **(أو أكثر)** من المسمى **(فسد البيع)** في الصورتين لعدم العلم بثمن المعدوم المتفاوت في الأقل فيؤدي إلى لنزاع، وجهالة المبيع في الأكثر لأنَّ ما زاد غير معلوم فيما بين الجملة فلا يمكن الرد لوقوع المنازعة والتعارض فيما بينهما فيفسد.

وفي البحر ولو اشترى أرضاً على أنَّ فيها كذا نخلاً مثمراً فوجد فيها نخلة لا تثمر فسد. وفي التنوير لو باع عدلاً أو غنماً واستثنى واحداً بغير عينه فإنَّه فاسد ولو بعينه جاز البيع **(ولو فصل الثمن)** بأن قال: بعتك هذا العدل على أنه عشرة أثواب كل ثوب بدرهم **(فكذا)** يفسد البيع **(في الأكثر)** أي فيما إذا كان أحد عشر مثلاً لأنَّ العقد يتناول العشرة فعلى المشتري رد الثوب الزائد وهو مجهول لاحتمال كونه جيداً، أو ردياً ولجهالته يصير المبيع أيضاً مجهولاً فيفسد **(ويصح)** البيع **(في الأقل بحصته)** يعني إذا كان تسعة مثلالان حصة المعدوم معلومة وهو درهم

. . . .

أصلاً بافراده بذكر الثمن **(وكذا)** يأخذ **(الزائد)** بما قابله من الثمن، **(وله الخيار في الوجهين)** ويترك البيع إن شاء، أما في النقصان فلتفرق الصفقة، وأما في الزيادة فلدفع ضرر التزام الزائد مع الثمن وهذا قول أبي حنيفة، وهو الأصح، وقيل: الخيار فيما تتفاوت جوانبه كالقميص، والسراويل، وأما فيما لا يتفاوت كالكرباس فلا يأخذ الزائد لأنه معنى في المكيل **(وصح بيع عشرة أسهم)** مثلاً **(من مائة)** سهم مثلاً **(من دار)** أو حمام اتفاقاً **(لا)** يصح **(بيع عشرة أذرع)** مثلاً **(من مائة ذراع)** مثلاً **(منها)** عنده **(وعندهما يصح فيهما)** لأنه باع جزءاً مشاعاً من الدار وله أن في الثاني المبيع محل الذرع وهو معين مجهول لا مشاع بخلاف السهم ومبنى الخلاف أنَّ القدر المعين بالذرع عندهما شائع وبيعه جائز اتفاقاً، وعنده معين مجهول فتقع المنازعة في تعيين العشرة ففسد فهو نظير اختلافهم في نكاح الصائبة ولو تراضيا في تعيينها في مكان لم أره، وينبغي أنه إن كان في المجلس انقلب العقد صحيحاً، وإن كان بيعاً بالتعاطي كذا في النهر، واختلف على قولهما فيما إذا لميسم جملتها والصحيح عندهما الجواز لأنها جهالة بيدهما إزالتها كما في الفتح **(ولو باع عدل)** بأن قال: بعتك ما في هذا العدل **(على أنَّه عشرة أثواب)** بماثة درهم مثلاً **(فإذا هو أقل، أو أكثر فسد البيع)** لجهالة المبيع في الزيادة، وجهالة الثمر في النقصان، ولو اشترى أرضاً على أنَّ فيها كذا نخلاً مثمراً فوجد فيها نخلة لا تثمر فسد. كذا في المنح

بحصته ويخير المشتري وإن باع ثوباً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه المشتري بعشرة لو عشرة ونصفاً بلا خيار وبتسعة لو تسعة ونصفاً بخيار، وعند أبي يوسف يخير في أخذه بأحد عشر في الأول وبعشرة في الثاني، وعند محمد يخير في أخذه في الأول بعشرة ونصف، وفي الثاني بتسعة ونصف.

لكل ثوب فتكون حصة الباقي معلومة أيضاً (**ويخير المشتري**) إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه (**وإن باع ثوباً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه**)، أي الثوب (**المشتري بعشرة**) دراهم (**لو**) كان الثوب (**عشرة ونصفاً بلا خيار**) لحصول النفع الخالص (**و**) يأخذ الثوب المشتري (**بتسعة**) دراهم (**لو**) كان الثوب (**تسعة ونصفاً بخيار**) لفوات الوصف المرغوب فيه وهذا عند الإمام لأنَّ الذرع وصف في الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع، فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل (**وعند أبي يوسف يخير**) المشتري (**في أخذه بأحد عشر في الأول**) أي فيما إذا وجده عشرة ونصفاً (**و**) يخير المشتري بأخذه (**بعشرة في الثاني**) أي فيما ذا وجده تسعة ونصفاً لأنّه لما أفرد كل ذراع ببذله نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص (**وعند محمد يخير في أخذه في الأول**) أي فيما وجده عشرة ونصفاً (**بعشرة ونصف، وفي الثاني**) أي فيما وجده تسعة ونصفاً (**بتسعة ونصف**) لأنَّ من ضرورة مقابلة الذراع بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه.

قيل هذا في ثوب يضره القطع.

وأما الكرباس الذي لا يضره القطع ولا يتفاوت جوانبه فلا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط.

. . . .

عن البحر (**ولو فصل الثمن**) بأن قال: كل ثوب منه بكذا (**فكذا**) يفسد (**في الأكثر**) لجهالة المبيع برد الزائد (**ويصح**) البيع (**في الأقل بحصته، ويخير المشتري**) لتفرق الصفقة عليه وليست كمسألة الهرويين، فإذا أحدهما مروي حيث يفسد البيع فيهما لفوات الوصف فكيف في مسألتنا وقد فات الأصل لأن القبول في أحدهما شرط في قبول الآخر ولا يصح القبول في المعدوم، وفي البزازية والخلاصة اشترى عدلاً على أنه كذا فوجده أزيد، والبائع غائب يعزل الزائد، ويستعمل الباقي لأنه ملكه انتهى أي بالقبض لأنَّه فاسد، (**قلت**): وصرح في الخانية أن هذا استحسان أخذ به محمد نظراً للمشتري (**وإن باع ثوباً**) تتفاوت جوانبه (**على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه**) أي الثوب (**المشتري بعشرة لو**) كان الثوب (**عشرة ونصفاً بلا خيار**) لحصول النفع الخالص كما لو اشتراه معيباً فظهر سليماً (**و**) يأخذه (**بتسعة لو**) كان الثوب (**تسعة ونصفاً بخيار**) لتفرق الصفقة (**وعند أبي يوسف يخير**) المشتري (**في أخذه بأحد عشر في الأول**) أي الزيادة (**وبعشرة في الثاني**) أي النقصان (**وعند محمد يخير في أخذه في الأول بعشرة، ونصف و**) يخير في أخذه (**في الثاني بتسعة ونصف**) لأنّه قابل

فصل

يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار بلا ذكر وكذا الشجر في بيع الأرض ولو أطلق شراء

فصــل

فيما يدخل في البيع تبعاً بغير تسمية ومالاً لا يدخل. والأصل أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً أو كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار، أو كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في البيع بلا ذكر صريح ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى أنَّ ما وضع لأنْ يفصله البشر بالآخرة ليس باتصال قرار، وما وضع لا لأنْ يفصله منه فهو اتصال قرار ثم فرع على هذا الأصل فقال: (يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار بلا ذكر) لأنَّ البناء متصل بالأرض اتصال قرار فيدخل في البيع تبعاً وكذا مفتاح غلق متصل بباب الدار بخلاف المنفصل وهو القفل فإنه ومفتاحه لا يدخلان والبناء في الأصل بمعنى المبنى ويدخل فيه الباب، والسلم ولو من خشب إنْ كان متصلاً به بخلاف المنفصل والسرير كالسلم وفي التبيين وفي عرف أهل مصر ينبغي أن يدخل السلم وإنْ كان منفصلاً لأنَّ بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه وفي المنح ويدخل الحجر الأسفل من الرحىٰ، وكذا الأعلى على استحساناً إذا كانت مركبة في الدار لا المنقولة وفي الخانية لو اشترى بيت الرحىٰ بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير هو فيه ذكر محمد في الشروط أنَّ له الأعلى، الأسفل، وكذا لو كان فيه قدر نحاس موصولاً بالأرض وقيل الحجر الأعلى لا يدخل في البيع، ولو اشترى داراً يدخل الأشجار في صحنها والبستان فيها صغيراً أو كبيراً وإنْ كان خارج الدار لا يدخل، وإنْ كان له باب في الدار وقيل إنْ كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وإنْ أكبر، أو مثلها لا وكذا تدخل البئر الكائنة في الدار والبكرة على البئر ولا يدخل

. . . .

كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة جزئه بجزئه. وفي البحر معزياً إلى الذخيرة قول الإمام أصح، وفي المشائخ من اختيار قول محمد: وهو أعدل الأقوال كما لا يخفى، انتهى. وفي النهر قيدنا بتفاوت جوانبه لأنها لو لم تتفاوت كالكرباس لا تسلم له الزيادة لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره النقصان، وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه انتهى (قلت): وبه جزم ابن الملك في شرح الوقاية، وعزاه لشرح الوافي (فصل) فيما يدخل في البيع تبعاً، وفيما لايدخل الأصل أنَّ كل ما يتناوله اسم المبيع عرفاً وكان متصلاً به اتصال قرار وهو ما وضع لا لأن يفصله البشر يدخل وما لا فلا، وما لم يكن من القسمين إن كان من حقوق المبيع، ومرافقه دخل في البيع بذكرها، وهو ما وضع لأنْ يفصله البشر وما لا فلا فيتفرع (لا) على ذلك قوله (يدخل البناء) والسلم لمتصل، والسرير والدرج المتصلة (والمفاتيح) المتصلة إغلاقها كالضبة والكيلون ولو من فضة لا الإقفال، ومفاتيحها لعدم الاتصال وتدخل الرحى المبنى أسفلها لا المنقولة، والبئر وبكرتها لا الدلو والحبل إلاَّ إذا قال بمرافقها ويدخل بستان الدار ولو كبيراً لا إنْ كان خارجها، وإن كان له باب منها (في بيع الدار بلا ذكر) لأنَّ اسم الدار يتناول العرصة مع البناء عرفاً.

. . . .

الدلو والحبل المعلقات عليها إلاّ إذا قال: بمرافقها وفي التبيين وثياب الغلام والجارية يدخل في البيع إلاّ أن يكون ثياباً مرتفعة إذ العرف فيهما جار على ثياب البذلة، ثم البائع بالخيار إنْ شاء أعطى الذي عليه، وإنْ شاء أعطى غيره وحطام البعير، والحبل المشدود في عنق الحمار والخزام، والبردعة والإكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة، ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل، وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الأنان والعجول والحملان إنْ ذهب به مع الأم إلاّ موضع البيع دخل فيه للعرف، وإلاّ فلا. (وكذا) يدخل **(الشجر في بيع الأرض)** بلا ذكر مثمرة كانت الأشجار أولاً على الأصح إذا كانت موضوعة في الأرض للقرار فتدخل تبعاً صغيرة كانت أو كبيرة إلاّ اليابسة فإنها على شرف القلع فهي كالخطب الموضوع.

وقيدنا بكونها موضوعة في الأرض لأنه لو كانت فيها أشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع فإنها إنْ كانت تقلع من أصلها تدخل في البيع وتكون للمشتري وإنْ كانت تقطع من وجه الأرض فهي للبائع إلاّ بالشرط، وفي البحر، باع أرضاً فيها قطن لم يدخل الثمر.

وأما أصله فمنهم من قال: لا يدخل على الصحيح وأما الكراث وما كان مثله فما كان على ظاهر الأرض لا يدخل، وما كان مغيباً في الأرض من أصوله واختلفوا فيه والصحيح أنه يدخل. وفي الكرخيْ والأصل إن ما كان لقطعه مدة معلومة فهو كالثمر فلا يدخل وما ليس

. . . .

وكذا يدخل في بيع الحمام القدور دون القصاع، وأما قدور القصارين واجانين الغسالين وخوابي الزياتين، ودنانهم فلا تدخل وإن قال بحقوقها: وفي الفتح ينبغي أن تدخل إذا قال بمرافقها: وتدخل بردعة الحمار والإكاف، وإن لم يكن موكفاً هو المختار كما في الظهيرية، وقيل: لا يدخل الإكاف بلا شرط، قال في الخانية: وهو الظاهر وفي المنح عن الذخيرة إن اشتراه من الحميريين لا يدخل، ومن المزارعين، وأهل القرى يدخل (قلت): وينبغي أن يكون محمل القولين وأن يكون الفارق العرف لما في التبيين ولا يدخل السرج إلا بالتنصيص بخلاف العذار على الفرس ولو باع أتانا لها جحش، أو بقرة لها عجل إن ذهب بهما مع الأم إلى موضع البيع دخلا وإلاّ فلا انتهى، وفي المنح عن فوائد الفضلى في البقرة يدخل وفي الأتان لا سواء كان رضيعاً أو لا وعليه الفتوى، وتدخل ثايب الغلام والجارية أي كسوة مثلهما يعطيهما هذه أو غيرها، ولا يدخل شيء من حليها إلاّ إن سلمه معها أو سكت وهو يراه حين يقبض وقلادة الحمار تدخل عرفاً انتهى.

وفي النهر أعلم أنَّ كل ما دخل تبعاً لا يقابله شيء من الثمن سواء استحق أو رد المبيع بعيب (وكذا) يدخل **(الشجر)** ولو صغيراً أو غير مثمر هو الأصح **(في بيع الأرض)** لاتصاله بها اتصال قرار إلاّ أن يكون يابساً أو صغاراً يقلع زمن الربيع من وجه الأرض، ويباع وإنْ كانت تقلع من أصلها يدخل كما في الخانية وفيها اختلفوا في شجر القطن، والصحيح أنها لا تدخل، ثم نقل عن خواهر زاده أنَّ شجر الباذنجان يجب أن يكون على هذا الاختلاف وأما الكراث ونحوه، فما كان على ظاهر الأرض لا يدخل

شجرة دخل مكانها عند محمد، وهو المختار خلافاً لأبي يوسف ولا يدخل الزرع في بيع الأرض ولا الثمر في بيع الشجر إلا باشتراطه وإن ذكر الحقوق والمرافق ويقال للبائع

بقطعه مدة معلومة يدخل كالشجر وشجرة الخلاف للمشتري.

وكذا كل ما كان له ساق ولايقطع أصله حتى كان شجراً وأصل الآس والزعفران للبائع، والقصب في الأرض كالثمر، وأما عروقها فتدخل في البيع وقوائم الخلاف، والباذنجان تدخل في البيع ذكره السرخسي والإمام الفضلي جعل قوائم الخلاف كالثمر بلغ أولاً انقطع أولاً وبه يفتىٰ **(ولو أطلق شراء شجرة)** أي لم يعين بأن شراءها للقطع أو للقرار **(دخل مكانها)** أي مكان الشجرة من الأرض بمقدار غلظها في البيع **(عند محمد، وهو المختار)** لتضمنه القرار إذا الشجر اسم للمستقر على الأرض ولا قرار بدونها فيتقدر بقدرها كما لو أقر بالشجرة لفلان تدخل أرضها وكما لو اقتسمها وقيل يتقدر بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال، وقيل بقدر عروقها العظام هذا إذا لم يعين قدراً فإن عين يدخل المعين **(خلافاً لأبي يوسف)**، فإنه قال: دخل عينها لا غير كما في الشراء للقطع إذ الأرض الأصل والشجر تبع فلو دخلت الأرض يصير الأصل تبعاً. قيد بالإطلاق لأنَّه لو اشتراها للقطع لا تدخل الأرض اتفاقاً وإن اشتراها للقرار دخلت ما تحت الشجرة من الأرض بقدر غلظها دون ما تنتهي إليه العروق اتفاقاً. **(ولا يدخل الزرع في بيع الأرض)** بلا ذكر بالإجماع لأنَّه متصل به للفصل فأشبه المتاع الموضوع في البيت **(ولا)** يدخل **(الثمر في بيع الشجر إلاّ باشتراطه)** أي باشتراطه دخول الزرع في بيع الأرض ودخول الثمر في بيع الشجر لقوله عليه الصلاة والسلام: «من باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع إلاّ أنْ يشترط المبتاع»، أي يقول المشتري: اشتريت مع زرعه أو مع ثمره فتدخل وإلاّ فلا مطلقاً وعند الأئمة الثلاثة لو كانت مؤبدة تدخل وإلاّ لا. **(وإنْ)** وصلية **(ذكر الحقوق**

. . . .

بلا ذكر وما كان مغيباً فيها من أصوله اختلفوا فيه، والصحيح أنه يدخل انتهى. **(ولو أطلق شراء شجرة)** ولم يبين أنه اشتراها للقطع أو للقرار **(دخل مكانها)** من الأرض بقدر عروقها العظام **(عند محمد)** وهو رواية عن الإمام **(وهو المختار)** كما في الصغرى وغيرها لتحقق حقيقتها بها لأنها بدونه تكون جذعاً أو حطباً لا شجرة **(خلافاً لأبي)** حنيفة وأبي **(يوسف)** واجمعوا على أنه لو اشتراها للقطع لم يدخل وإنه لو شرط قدراً فعلى ما شرط فليحفظ **(ولا يدخل الزرع في بيع الأرض)** بلا تسميته لأنَّ اتصاله بفعل الآدمي فلا يرد دخول الحمل **(ولا)** يدخل **(الثمر)** بمثلثة ما تخرجه الشجرة وإن لم يؤكل كورد وياسمين وورق فرصادٍ وتوت **(في بيع الشجر)** أي لو باع شجراً عليه ثمراً وكرماً عليه عنب لا يدخل الثمر فلو استأجر الشجر من المشتري ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار إلى الإدراك فلو أبى المشتري يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر.

كذا في جامع الفصولين قال في البحر: ولا فرق يظهر بين المشتري والبائع انتهى، فليحفظ **(إلا)** بقوله بكل قليل وكثير فيها، أو منها أو **(باشتراطه)** قيد في مسألتي الزرع، والثمر مؤبرة كانت أو لا وهو

أقلعه وأقطعها وسلم المبيع وكذا لا يدخل حب بذر ولم ينبت بعد وإن نبت ولم تصر له قيمة دخل وقيل لا ومن باع ثمرة بدا صلاحها أو لم يبد صح ويقطعها المشتري للحال

والمرافق) لأنهما ترجع إلى مثل المسيل والشرب والطريق لا إلى الزرع، والثمر فلو قال: بعتكها بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لا يدخل وإنْ لم يقل من حقوقها ومرافقها دخل اتفاقاً لأنَّه حينئذ يكون من المبيع بخلاف الثمر المجذوذ أو الزرع المحصود حيث لا يدخل إلاّ بالتنصيص عليه. **(ويقال للبائع)** على تقدير عدم الدخول **(أقلعه)** أي الزرع **(وأقطعها)** أي الثمر وتأنيث الضمير لما أنَّ الاسم الذي يفرق بينه وبين واحده بالتاء يذكر ويؤنث، **(وسلم المبيع)** فإنَّ التسليم لازم عليه وذلك لا يكون إلاّ بالتخلية وعند الأئمة الثلاثة للبائع تركها حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع. **(وكذا لا يدخل)** في بيع الأرض **(حب بذر)** ماضٍ مجهول صفة حب. **(ولم ينبت بعد)** أو نبت وصار له قيمة، وتعرف قيمته بتقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة، فإن كانت قيمتها مبذورة أكثر علم أنه صار متقوماً **(وإن نبت)** البذر **(ولم تصر له قيمة)** بعد **(دخل)** في البيع **(وقيل لا)** يدخل وصرح في التجنيس بأنَّ الصواب الدخول كما نص عليه القدوري، والاسبيجابي وفصل في الذخيرة في غير النابت بين ما إذا لم يعفن أولاً، فإن عفن فهو للمشتري لأنَّ العفن لا يجوز بيعه على الإنفراد، فصار كجزء من أجزاء الأرض، وفي البحر، وصحح في السراج عدم الدخول إلاّ بالذكر، وصحح في المحيط دخول الزرع قبل النبات، فالحاصل أن المصحح عدم الدخول ولو لم يكن له قيمة إلاّ قبل النبات، فالصواب دخول ما لا قيمة له فاختلف الترجيح فيما لا قيمة له وعلى هذا الخلاف الثمر الذي لا قيمة له. **(ومن باع ثمرة بدا صلاحها أو لم يبد)** من البدو بالضمتين وتشديد الواو

. . . .

التلقيح له قيمة أو لا هو الصحيح لجواز بيعه في الأصح **(وإنْ)** وصلية **(ذكر الحقوق، والمرافق)** لأنهما ليسا منهما لأنَّ الحق يذكر عادة لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق، والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء، هذا في العناية، وعبارته في المجتبى كمسيل الماء والشرب. وكذا لو قال: بكل قليل وكثير هو فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها بخلاف ما إذا لم يذكر من حقوقها أو من مرافقها فإنهما يدخلان كما قدمناه فتنبه (و) إذا لم يدخلا **(يقال للبائع اقلعه)** أي الزرع **(واقطعها)** أي الثمرة وإن لم يظهر صلاحه **(وسلم المبيع)** أي الأرض والشجر للمشتري إذا انقد الثمن لاشتغال ملكه بملك البائع فعليه تفريقه لتسليمه كما لو أوصى بنخل لرجل وعليه بسر حيث يجبر الورثة **(الزرع)** على قطع البسر هو المختار **(قلت)** قيد بالبيع لأنَّ في الرهن والإقرار يدخلان، وفي الوقف يدخل الثمر كما يدخل البناء، والشجر ولا يدخل الزرع إلاّ إذا زاد بجميع ما فيها أو منها والوصية كالبيع كما في السراج ولا يدخلُ الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلاّ بذكر الحقوق.

وكذا في الإقرار والصلح والوصية ويدخلان في الإجارة، والرهن والوقف والقسمة كما في الفتح وجعل في المحيط الصدقة كالوقف ولم أر ما لو أقر بوديعة أرض أو باستعارتها، كذا في النهر وفي

. . . .

الظهور (صح)، لأنَّه مال متقوم، إما لكونه منتفعاً به في الحال، أو في المآل وقيل لا يجوز قبل بدو الصلاح وهو قول الأئمة الثلاثة: وإنّما قيد بقوله: ببدأ صلاحها لأنَّ بيعها قبل البدو لا يصح اتفاقاً وقبل بدو الصلاح بشرط القطع في المنتفع به صحيح اتفاقاً، وبعدما تناهت صحيح اتفاقاً إذا أطلق، وإما بشرط الترك ففيه اختلاف سيأتي فصار محل الخلافُ البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقاً، أي بلا شرط القطع، ولا بشرط الترك فعند الأئمة الثلاثة لا يجوز وعندنا يجوز. ولكن اختلفوا فيما إذا كان غير منتفع به الآن أكلاً وعلفاً للدواب، فقيل بعدم الجواز ونسبه قاضيخان لعامة مشائخنا والصحيح الجواز كما في البحر وفي الفتح والحيلة في جوازه باتفاق المشائخ، إنْ يبيع الكمثرى أول ما تخرج مع الأوراق فيجوز فيها تبعاً للأوراق كأنه ورق كله وإن كان بحيث ينتفع به ولو علفاً للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع لو مطلقاً، وفي الشمني وإنما الخلاف في تفسير بدو صلاحها وعندنا على ما في المبسوط هو أن يأمن العاهة والفساد، وعلى ما في الخلاصة عن التجريد أن يكون منتفعاً به. وعند الشافعي ظهور النضج، ومبادي الحلاوة (**ويقطعها المشتري للحال**) تفريغاً لملك البائع وأجرة القلع على المشتري.

. . . .

المنح عن القنية اشترى كرماً تدخل الوثائل المشدودة على الأوتاد المنصوبة في الأرض بلا ذكر وكذا الأعمدة المدفونة في الأرض التي عليها أغصان الكرم المسماة بأرض الخليل وغزة بركائز الكرم وهي واقعة الفتوى.

(**وكذا لا يدخل حب بذر**) في الأرض (**ولم ينبت بعد**) لامكان أخذه بالغربال وإنْ عفن في اختيار أبي الليث خلافاً للفضل والذخيرة وكذا لو نبت وصار له قيمة وتعريف قيمته بتقويم الأرض به وبدونه فإنْ تفاتا علم تقومه (**وإنْ نبت**) البذر (**ولم تصر له قيمة**) بعد (**دخل**) في البيع (**وقيل لا**)، والأول أصح كما في شرح المجمع، وفي السراج لو باعه بعدما نبت ولم تنله المشافر والمناجل فالصحيح أنه لا يدخل إلاَّ بالتسمية ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أو لا الصحيح الجواز (**ومن باع ثمرة**) ظاهرة (**بدأ صلاحها**) ولو لعلف الدواب ذكره البهنسي أي أمنت الفساد (**أو لم يبد**) على الصحيح بأن لم ينتفع بها في أكل ولا علف وقد ظهرت.

أما قبل الظهور فلا يصح واختلف فيها إذا ظهر البعض وظاهر المذهب لا يجوز، وأفتى ابن الفضل، والحلواني بالجواز ويجعل المعدوم تبعاً، كذا في النهر وغيره. قلت: ونقله القهستاني: لكن بزيادة قيد كون الموجود أكثر من المعدوم، قال: ولو بيع الأشجار أيضاً ليحدثه الباقي على ملك المشتري جاز عند الكل ولو لم يرض به البائع، اشترى الموجود ببعض الثمن، وآخر البيع في الباقي إلى وقت وجوده، قال: ولو بيع ورد الكمثري مع أوراقه جاز تبعاً اتفاقاً وسيجيء أنَّ النضج من الشمس، واللون من القمر والطعَم من سائر الكواكب (**صح**) البيع في الأصح لتقومها (**ويقطعها**

وإن شرط تركها على الشجرة فسد ولو بعد تناهي عظمها خلافاً لمحمد، وكذا شراء الزرع وإن تركها بإذن البائع بلا اشتراط طاب له الزيادة وإن تركها بغير إذنه تصدق بما

(وإن شرط تركها) أي الثمرة (على الشجرة) حتى تدرك (فسد) البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وهو شغل ملك الغير أو لأنه صفقة في صفقة لأنه إجارة في البيع إنْ كانت للمنفعة حصة من الثمن أو إعارة في بيع إنْ لم تكن لها حصة من الثمن كما في أكثر المعتبرات. قال في البحر وتعقبهم في الغاية بأنكم قلتم إنَّ كلاً من الإجارة، والإعارة غير صحيح فكيف يقال: أنه صفقة في صفقة، وجوابه أنَّه صفقة فاسدة في صفقة صحيحة ففسدتا جميعاً، انتهى هذا مسلم إن كانت الإجارة فاسدة، وإن باطلة فلا لما سيأتي أنَّ إجارة التخيل باطلة، والباطل عبارة عن المعدوم المضمحل، والمعدوم لا يصلح متضمناً فيلزم في هذه الصورة أنْ لا توجد صفقة في صفقة فلا يندفع الإشكال. تأمل (ولو) وصلية أي ولو كان (بعد تناهي عظمها) عند الشيخين وهو القياس لأن ما زاد وحدث من الترك في ملك البائع مضمون عند البيع وهو مجهول (خلافاً لمحمد) فإنه قال: يفسد في المتناهية إستحساناً لأنَّه شرط متعارف، وهو قول الأئمة الثلاثة، وفي البحر نقلاً عن الأسرار الفتوىٰ على قول محمد، وبه أخذ الطحاوي في المنتقي ضم إليه أبو يوسف وفي التحفة، والصحيح قولهما لأنَّ التعامل لم يكن بشرط الترك وإنما كان بالإذن بالترك من غير شرط. (وكذا) يفسد (شراء الزرع) بشرط الترك لما قررنا (وإن تركها) أي الثمرة الغير متناهية على الشجر (بإذن البائع بلا اشتراط) تركها حالة العقد (طاب له) أي للمشتري (الزيادة) الحاصلة في ذات الثمرة بالترك لأنَّه حصل بطريق مباح، (وإن تركها) أي الثمرة (بغير

. . . .

المشتري للحال) جبراً تفريغاً لملك البائع (وإن شرط) المشتري القطع على البائع أو (تركها على الشجر) ورضي به (فسد) البيع (لو بعد تناهي عظمها) لأنَّه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري (خلافاً لمحمد) فإنَّه استحسن صحة البيع في المتناهية للتعارف فكان شرطاً يقتضيه العقد، وبه يفتي كما في تنوير الأبصار وعزاه مصنفه في منحه للبحر عن الأسرار (قلت): لكن في القهستاني معزياً للمضمرات وعليه أي على قولهما الفتوى فتنبه ثم قال: وفيه إشارة إلى أنَّه إذا باع بشرط القطع جاز كما إذا باع الزرع من شريكه كما في المحيط، وفيه أنَّه لو باع من إنسان نصيبه من مبطحة لا يجوز وإن رضي به شريكه فينبغي أن يشتري كلها منه ثم يفسخ في النصف كاستثناء قدر معلوم كالنصف، والصاع والصبرة لأنَّ الباقي مجهول وزناً ومشاهدة، ولم يفسد في ظاهر الرواية كما في الهداية، وفيه إشارة إلى أنه لو باع رطلاً صح لأنَّه استثناء القليل من الكثير كما في الكرماني انتهى كلامه (وكذا) يفسد (شراء الزرع) بشرط الترك لما قلنا ولتضمنها إعارة لو إجارة، وإنْ كانت غير صحيحة في المسألتين، وقد نهى عن صفقة في صفقة (وإنْ تركها) أي الثمرة التي لم تتناه على الشجر (بإذن البائع بلا اشتراط) حالة العقد فإنَّ اشتراطه مفسد (طاب له الزيادة) الحاصلة من ذات الثمرة بالترك لأنَّه استعارة للشجر، فإن خاف أن يرجع يقول على أني متى رجعت في الأذن تكون مأذوناً في الترك قاله أبو الليث: ذكره الشمني وغيره (وإن تركها بغير إذنه تصدق) المشتري (بما زاد) الترك (في ذاتها) بأن تقوم قبل الإدراك وبعده فيتصدق

زاد في ذاتها وإنْ بعدما تناهت لا يتصدق بشيء وإن استأجر الشجر بطلت الإجارة وطابت الزيادة وإنْ استأجر الأرض لترك الزرع فسدت ولا تطيب الزيادة ولو أثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع ولو بعد القبض يشتركان والقول في قدر الحادث للمشتري

إذنه) أي البائع (**تصدق بما زاد في ذاتها**) لحصوله بطريق محظور ويعرف مقدار الزائد بالتقويم يوم البيع ويوم الإدراك وما تفاوت بينهما يكون زائداً (**وإنْ**) تركها أي الثمرة (**بعدما تناهت**) بغير إذنه إلى أن تدرك (**لا يتصدق**) المشتري (**بشيء**) لأنَّ الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يتحقق زيادة فيها وإنما هو تغير وصف وهو من أثر الشمس، والقمر، والكواكب. (**وإن استأجر**) المشتري (**الشجر بطلت الإجارة**) أي لو اشتراها مطلقاً عن الترك والقطع ثم استأجر الشجر إلى وقت إدراك الثمر بطلت الإجارة، (**وطابت الزيادة**) لأنَّ الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة، فبقي الإذن معتبراً فتطيب (**وإنْ استأجر**) المشتري (**الأرض لترك الزرع**) إلى أن يستحصد (**فسدت**) الإجارة لجهالة المدة فقد يتقدم الإدراك إذا تعجل الحر وقد يتأخر إذا طال البرد، (**ولا تطيب الزيادة**) الحاصلة فيها للخبث، والحاصل أنَّ الإذن في الإجارة الباطلة صار أصلاً إذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل، والمعدوم لا يصلح متضمناً فصار الإذن مقصوداً ولا كذلك في الفاسد لأنَّ الفاسد ما كان موجوداً بأصله فائتاً بوصفه فأمكن جعله متضمناً للأذن وفساد التضمن يقتضي فساد ما في الضمن فيفسد الإذن فيتمكن الخبث وفي العناية كلام فليطالع (**ولو أثمرت**) الشجرة (**ثمراً آخر**) بعد شراء الموجود (**قبل القبض**) بتخلية البائع بين المشتري وبين الثمرة (**فسد البيع**) إنْ لم يحلل له البائع لتعذر التسليم بسبب الإختلاط، وعدم التمييز، هذا إذا لم يعرف الحادث بالموجود فإنْ عرف فالعقد صحيح على حاله.

وكذا إذا حلل له البائع كما في الكافي (**ولو**) أثمرت الشجرة ثمراً آخر (**بعد القبض**) أي

. . . .

بما بينهما لحصوله بجهة محظورة هي غصب الأرض، والشجر (**وإن**) تركها بلا إذنه (**بعدما تناهت**) الثمرة (**لا يتصدق بشيء**) لأنَّ هذا تغير حالة لا تحقق زيادة إذا الشمس تنضجها، والقمر يلونها، والكواكب تحسن طعمها (**وإنْ استأجر**) الأذن مشتري الثمرة التي لم تتناه (**الشجر**) لتركها عليها إلى وقت الإدراك وإنْ عين مدة (**بطلت الإجارة**) لعدم العرف والعادة والحاجة (**وطابت الزيادة**) لبقاء الإذن والجهل ليس بعذر (**وإن استأجر**) مشتري الزرع (**الأرض لترك الزرع فسدت**) الإجارة لجهالة المدة (**ولا تطيب الزيادة**) الحاصلة في الثمرة لفساد الأذن بفساد الإجارة وفساد المتضمن يوجب فساد المتضمن بخلاف الباطل، فإنه معدوم شرعاً أصلاً ووصفاً فلا يتضمن شيئاً، فكانت مباشرته عبارة عن الأذن (**قلت**) وينبغي أن يقول المشتري للبائع بعدما دفع الثمن: أخذت منك هذا الشجر معاملة على أن يكون لك جزء من ألف جزء ولي ألف جزءاً لا جزء ذكره الشمني وغيره (**ولو أثمرت**) الشجرة (**ثمراً آخر**) بعد شراء الموجود قبل القبض بالتخلية (**فسد البيع**) لتعذر التسليم بالاختلاط وعدم التمييز (**و**) لو أثمر ثمراً آخر (**بعد القبض**) للمبيع (**يشتركان**) أي البائع والمشتري في الثمرة الموجودة، والحادثة للاختلاط

ولو باع ثمرة واستثنى منها أرطالاً معلومة صح وقيل لا ويجوز بيع البر في سنبله إنْ بيع

بعد قبض المشتري المبيع بالتخلية فلا يفسد بالإختلاط ولكنهما (**يشتركان**) فيه لاختلاط ملك أحدهما للآخر. (**والقول في قدر الحادث للمشتري**) مع يمينه لكونه في يده، وفي التبيين. وكذا الباذنجان، والبطيخ فحاصله إنّ لهذه المسألة ثلاث صور. أحدها إذا خرج الثمار كله فإنَّه يجوز بيعه بالإنفاق وحكمه ما مضى. وثانيها إنْ لا يخرج شيء منه فإنه لا يجوز بيعه إتفاقاً. وثالثها: أنْ يخرج بعضها دون بعض فإنّه لا يجوز في ظاهر المذهب. وقيل يجوز إذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحساناً لتعامل الناس، وللضرورة، وكان شمس الأئمة الحلواني، وأبو بكر بن الفضل يفتيان به وقال: شمس الأئمة السرخسي، والأصح أنَّه لا يجوز وفي البحر وهو ظاهر المذهب، لكن في الفتح، فإنَّ الناس تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة. وفي نزع الناس عن عادتهم حرج، وقد رأيت في هذا رواية عن محمد وهو في بيع الورد على الأشجار، فإنَّ الورد لا يخرج جملة، ولكن يتلاحق البعض البعض ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق، وهو قول مالك والمخلص أن يشتري أصول الباذنجان، والبطيخ والرطبة ليكون مايحدث على ملكه وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغراس فيها بباقي الثمر، وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال أبو الليث: في الأذن في ترك الثمر على الشجر على أنَّه متى رجع عن الأذن كان مأذوناً في الترك بإذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط انتهى. (**ولو باع ثمرة**) على شجرة (**واستثنى منها**) أي من الثمرة المبيعة المجذوذة أو غيرها (**أرطالاً معلومة صح**) أي البيع، والاستثناء في ظاهر

. . . .

(**والقول في قدر الحادث للمشتري**) مع يمينه لأنَّه ينكر الزيادة، وهذا ظاهر المذهب وقيل يجوز إذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعاً استحساناً لتعامل الناس وللضرورة وبه كان يفتي الحلواني وابن الفضل والأول أصح كما قاله السرخسي (**قلت**): والحيلة في كون الحادث للمشتري أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ والخيار، والقطن والرطبة ليكون الحادث على ملكه، وفي الزرع، والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر العرض مدة معلومة يعلم فيها الإدراك بباقي الثمن. وفي الأشجار الموجودة ويحل له البائع ما يوجد فإن خاف أن يرجع ينبغي أن يقول المشتري للبائع بعدما دفع الثمن: أخذت منك هذا الشجر معاملة على أنْ يكون لك جزء من ألف جزء ولي ألف جزء إلاَّ جزءاً. ذكر الشمني وغيره (**ولو باع ثمرة**) على شجرة أو مجذوذة (**واستثنى منها أرطالاً معلومة**) أو رطلاً (**صح**) البيع والضابط أن كل ما جاز إيراد العقد عليه بانفراد جاز استثناؤه ومالاً فلا فيصح استثناء قفيز من صبرة وشاة معينة من قطيع وثمر شجر معين من بستان كما يجوز إيراد العقد عليها لا استثناء الحمل وأطراف الحيوان وشاة غير معينة كما لا يجوز إيراد العقد عليها (**وقيل لا**) يجوز وهو أقيس بمذهب الإمام كما في الفتح وغيره (**قلت**) وأجيب بأنَّ الفساد عنده في بيع الصبرة لجهالة الثمن وههنا الثمن معلوم فافترقا

بغير جنسه وكذا الباقلاء في قشره والأرز والسمسم وكذا اللوز والفستق والجوز في قشرها الأول وأجرة الكيل وعد المبيع ووزنه وزرعه على البائع وأجرة نقد الثمن ووزنه

الرواية، وهو مذهب مالك لأنَّ المستثنى معلوم بالعبارة، والمبيع معلوم بالإشارة وجهالة قدره لا يمنع الجواز، ألا ترى أنَّ بيعه مجازفة جائز، والأصل إن ما جاز بيعه ابتداء يجوز استثناؤه كبيع صبرة إلا قفيز أو قفيز من صبرة بخلاف الحمل، وأطراف الحيوان حيث لا يجوز استثناؤه لأنَّه لا يجوز بيعه ابتداءً. **(وقيل لا)** يصح وهو رواية الحسن، والطحاوي وهو قول الشافعي وأحمد لجهالة الباقي وهو أقيس بمذهب الإمام في مسألة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنَّه أفسد البيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرطال معلومة على الأشجار، وإنْ لم يفض إلى المنازعة. فالحاصل أنَّ كل جهالة تفضي إلى المنازعة مبطلة فليس يلزم أنَّ ما لا يفضي إليها يصح معها بل لا بد من عدم الإفضاء إليها من الصحة من كون المبيع على حدود الشرع ألا يرى أن المتبايعين قد تراضيا على شرط لا يقتضيه العقد، وعلى البيع بأجل مجهول، ولا يعتبر ذلك مصححاً كما في الفتح وفي المنح وقد يفهم من كلام الزيلعي أنَّ رواية عدم الجواز هي رواية الحسن وحده وليس كذلك بل هيَّ رواية أبي يوسف أيضاً عن الإمام وتمامه فيه فليطالع.

ثم محل الاختلاف ما إذا استثنى معيناً فإنْ استثنى جزأ كربع وثلث فإنه صحيح اتفاقاً، وكذا لو كان الثمر مجذوذاً واستثنى منه أرطالاً جاز وقيد بالأرطال لأنه لو استثنى رطلاً واحداً جاز اتفاقاً لأنَّه استثناء القليل من الكثير بخلاف الأرطال لجواز أنْ لا يكون ذلك فيكون استثناء الكل من الكل. **(ويجوز بيع البر)** والشعير والعدس حال كونه **(في سنبله إنْ بيع بغير جنسه)** وإنْ بيع بجنسه لا يجوز لشبهة الربا **(وكذا)** يجوز بيع **(الباقلاء)** هو بالقصر والتشديد، أو بالمد والتخفيف الحب المعروف **(في قشره والأرز والسمسم وكذا)** يجوز بيع **(اللوز والفستق)** بضم الفاء والتاء وسكون السين **(والجوز في قشرها الأول)** قيد للجميع وإنما قيد الأول وهو الأعلى

. . . .

(ويجوز بيع البر) والشعير **(في سنبله إنْ بيع بغير جنسه)** لأنَّه حبّ منتفع به بخلاف بيعه بمثله من سنبل الحنطة لاحتمال الربا **(وكذا)** يجوز بيع **(الباقلاء)** بالتشديد مقصوراً وبالتخفيف ممدوداً **(في قشره والأرز والسمسم وكذا)** يجوز بيع **(اللوز والفستق والجوز في قشرها الأول)** وهو الأعلى وفيه خلاف الشافعي، وعلى البائع إخراج المبيع وتسليمه للمشتري في جميع هذه المسائل إلاَّ إذا بيعت مع ما هي فيه **(قلت)** وهل له خيار الرؤية بعد الاستخراج قال في الفتح: الوجه يقتضي ذلك وحيث صح القشر الأول، ففي الثاني أولى لأنَّه ملحق بالمقصود، وإنما لم يجز بيع ما في القطن من الحب، وما في الثمر من النوى، وما في الزيتون من الزيت، ونحو ذلك لأنَّه معدوم عرفاً **(وأجرة الكيال وعد المبيع ووزنه وذرعه على البائع)** إن بيع كيلاً وعداً ووزناً لأنَّ التسليم يقع بها وهو عليه قيد بالكيل لأنَّ صب الحنطة الوعاء على المشتري إلاَّ إذا كان العرف بخلافه كما لو اشترى ماء في قربة فإنَّ صبه على البائع كما في الخانية، وفي المجتبى لو اشترى وقر حطب في المصر فالحمل على البائع **(قلت)**: وهذا مما يكثر

على المشتري وفي بيع سلعة بثمن سلم هو أولاً إن لم يكن مؤجلاً وفي بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن سلما معاً.

تنصيصاً على موضع الخلاف فإنَّ الشافعي لا يجوز بيع ذلك كله وله في بيع السنبلة قولاْن وعندنا يجوز ذلك كله وعلى البائع تخليصها وتسليمها إلى المشتري هو المختار وفي الكافي وغيره، وللشافعي إنْ كان المبيع مستوراً بشيء لا منفعة له فصار كتراب الصاغة أي كبيع تراب الفضة بتراب الفضة أو بالفضة ولنا أنّه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النحل حتى يزهىٰ وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية وعنده لا يجوز حتى يخرج من قشره الأول، انتهى لكن الاستدلال بمفهوم الغاية لا يجوز عندنا إلاَّ أن يقال إنّه مبني على الزام الشافعي بمذهبه في المفهوم وإن لم يكن معتبراً عندنا فيكون جواباً الزامياً على مذهبه ويسمىٰ جدلاً فعلىٰ هذا يندفع به اعتراض صاحب العناية فلا يلزم عليه ما قاله صاحب الدرر، تأمل (**وأجرة الكيل**) في مثل البر للكيال (**وعد المبيع**) أي أجرة العد في مثل الغنم للعداد (**ووزنه**) أي أجرة الوزن في مثل العسل للوزان (**وزرعه**) أي أجرة الزرع في مثل الكرباس والكتان للذراع (**على البائع**) فيما بيع بشرط الكيل والعد والوزن، والزرع لأنَّه من تمام التسليم وتسليم المبيع عليه.

وكذا ما كان من تمامه قيد بالكيل لأن صب الحنطة في الوعاء على المشتري وكذا إخراج الطعام من السفينة، وكذا قطع العنب المشترىٰ جزافاً عليه، وكذا كل شيء باعه جزافاً كالثوم والبصل، والجزر إذا خلى بينهما وبين المشتري، وكذا قطع الثمرة إذا خلى بينها وبين المشتري كما في البحر وغيره لكن في الفتح وصبها في وعاء المشتري على البائع أيضاً هو المختار. (**وأجرة نقد الثمن**) أي تميز جيده عن رديه (**ووزنه على لمشتري**) لأنَّه يحتاج في تسليم الثمن إلى تعيين قدره وصفته فتكون مؤنته عليه وكذا مؤنة تمييز الجيد عن غيره هو الصحيح كما في الخلاصة وهو ظاهر الرواية كما في الخانية وبه يفتي كما في الزاهدي وغيره، إلاَّ إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة فإنَّه على البائع، وأما أجرة نقد الدين فإنَّه على المديون إلاَّ إذا قبض رب الدين الدين ثم ادعىٰ عدم النقد، فالأجرة على رب الدين كما في البحر. (**وفي بيع سلعة بثمن**) أي بدراهم ودنانير (**سلم هو أولاً**) أي سلم الثمن قبل المبيع إذا وقع المنازعة بينهما

. . . .

(**أي**) وقوعه ولكن عرف بلادنا الآن بخلافه فتأمل (**وأجرة نقد الثمن**) وإنْ قال المشتري: دراهمي منقودة هو الصحيح كما في الخانية (**ووزنه**) وقطع الثمر وإخراج الطعام من السفينة وقطع العنب المشتري جزافاً، وكذا كل شيء باعه جزافاً كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينهما وبين المشتري كما في الخلاصة (**على المشتري**) إلاَّ إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة.

وأما أجرة نقد الدين فعلى المديون إلاَّ إذا قبض رب الدين ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين. (**فروع**): ظهر بعد نقد الصراف أنَّ الدراهم زيوف رد الأجرة وإنْ وجد البعض فبقدره كذا في إجارة البزازية (**وفي بيع سلعة بثمن**) حال ليس فيه خيار للمشتري (**سلم هو**) أي المشتري الثمن (**أولاً**)

. . . .

في تسليم المبيع والثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولاً لأنَّ حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه يتعين بالتعيين تحقيقاً للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما خلافاً للشافعي في قول هذا إذا كان المبيع حاضراً وإنْ غائباً فلا يسلم حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن.

وفي البزازية باع بشرط أن يدفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لأنَّه لا يقتضيه العقد وقال محمد: لا يصح لجهالة الأجل **(إن لم يكن)** البيع **(مؤجلاً)** فإنَّه لو كان مؤجلاً لا يمكن التسليم أولاً بل يجب تسليم المبيع وإن أسقط البائع حقه بالتأجيل فلا يسقط حق المشتري في قبض المبيع **(وفي بيع سلعة بسلعة)**، هذا بيع المقايضة على ما مر **(أو ثمن بثمن)** ويسمى هذا بيع الصرف، **(سلما معاً)** تسوية بينهما في العينية، والدينية فلا ضرورة في تقديم أحدهما بالدفع لكن لا بد من معرفة التسليم، والتسلم الموجب للبراءة وفي التجريد تسليم المبيع إن يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل، وكذا تسليم الثمن وفي الأجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معانٍ أنْ يقول: خليت بينك وبين المبيع وإن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه النقل من غير مانع وإن يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره. وعن الوبرئ المتاع لغير البائع لا يمنع، فلو أذن له بقبض المتاع، والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان الإمام يقول القبض إنْ يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته، فلو أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة أو بعيراً، وإن كان غلاماً أو جارية فقال المشتري: تعال معي أو امش فخطئ معه فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته،

. . . .

بشرط أن يحضر البائع السلعة ليعلم قيامها فيتعين حقهما تحقيقاً للمساواة حتى لو باعه بشرط أن يدفع البيع أو لا فسد البيع لأنه لا يقتضيه العقد وقال محمد: لجهالة الأجل حتى لو سمي الوقت الذي يسلم فيه المبيع جاز كذا في البزازية (قلت) وإذا علم هذا فقول الوهبانية، وما رد لم يقبض ويلقاه بائع ببلدة أخرى ليس بالنقد يخير مقيد بما إذا لم يحضر السلعة معه كما في المنح عن البدائع فليحفظ **(إن لم يكن)** الثمن **(مؤجلاً)** وقد أحضر البائع السلعة لأنه أسقط حقه بالتأجيل **(وفي بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن سلما معاً)** لاستوائهما في التعيين وعدمه (فروع) للبائع حبس المبيع لقبض الثمن ولو بقي منه درهم ولا يسقط حق الحبس بأخذ كفيل أو رهن ولو أحال البائع بالثمن وقبل المشتري الحوالة سقط حق الحبس، وكذا إذا أحال المشتري البائع عند أبي يوسف وعن محمد روايتان ولو هلك المبيع بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأمر سماوي بطل البيع ويرجع بالثمن لو مقبوضاً، وإن هلك بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً، أو بشرط الخيار له؛ وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان مثله إن كان مثلياً وقيمته إنْ كان قيمياً وإن هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع فيضمن الجاني للبائع ذلك، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن واتبع الجاني ويطيب له الفضل إن كان الضمان من خلاف جنس الثمن وإلاّ فلا والتسليم الموجب للتبرأة أن يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل.

. . . .

وفي الثوب إنْ أخذه بيده أو خلىٰ بينه وبينه وهو موضوع على الأرض، فقال: خليت بينك وبينه فاقبضه فقال: قبضته فهو قبض، وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح له وقال: خليت بينك وبينها فهو قبض وإن لم نقل شيئاً لا يكون قبضاً، ولو باع داراً غائبة فقال: سلمتها إليك فقال: قبضتها لم يكن قبضاً وإن كانت قريبة كان قبضاً وهيَّ أن تكون بحال يقدر على إغلاقها وإلاَّ فهيَّ بعيدة وتمامه في البحر، فليطالع وفي التنوير وجد البائع الثمن زيوفاً ليس له استرداد السلعة وحبسها به. قبض بدل الجياد زيوفاً، ثم علم بها يردها ويسترد الجياد إن قائمة وإلاَّ فلا اشترى شيئاً وقبضه ومات مفلساً قبل نقد الثمن فالبائع أسوة للغرماء ولو لم يقبضه فالبائع أحق به إنفاقاً.

. . . .

وكذا تسليم الثمن وشرط في الأجناس مع ذلك أن يقول: خليت بينك وبين المبيع، ولو باع داراً غائبة فقال: سلمتها إليك فقال: قبضتها لم يكن قبضاً وإن كانت قريبة كان قبضاً وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها وإلاَّ فهي بعيدة ودفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير تكلف.

كذا في جامع النوازل كما نقله عنه البهنسي وفي الخانية لو باع ضيعة وخلى بينها وبين المشتري إن كان يقرب منها يصير قابضاً وإن كان يبعد لا يصير قابضاً والناس عنه غافلون فإنهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم، والقبض، وهو لا يصح به القبض في ظاهر الرواية، وهو الصحيح، وكذا في الهبة والصدقة وفيها لو أكل البائع الثمار مع اشتراطها سقطت حصتها من الثمن ويخير المشتري إنْ شاء أخذ الباقي أو ترك هو الأصح لتفرق الصفقة عند الإمام ولو اشترى شاة بعشرة فولدت ولداً يساوي خمسة فأكله البائع، قال الإمام: تلزمه الشاة بخمسة عشر، قال في الفتح والفرق غير خافٍ كأنه لان الصفقة مع الشاة لم تتفرق وإنما استهلك البائع زيادة المبيع. وفي إقالة القنية اشترى أرضاً مع الزرع وأدرك الزرع في يده، ثم تقايلا لا تجوز الإقالة لأنَّ العقد (فليطالع) إنما ورد على القصيل دون الحنطة ولو حصد المشتري الزرع ثم تقايلا صحت الإقالة في الأرض بحصتها من الثمن ولو اشترى أرضاً فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الإقالة بجميع الثمن وليس للبائع من قيمة الأشجار شيء ويسيلم الأشجار للمشتري. هذا إذا علم البائع بقطع الأشجار وإن لم يعلم وقت الإقالة يخير إنْ شاء أخذها بجميع الثمن أو ترك.

وفي جامع الفضولين باع شجراً عليه ثمر أو كرماً عليه عنب لا يدخل الثمر فلو استأجر الشجر من المشتري ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار إلى الإدراك فلو أبى المشتري يخير البائع إن شاء أبطل البيع، أو قطع الثمر انتهى، قال في النهر: ولا فرق يظهر بين المشتري والبائع انتهى وعبارته عن البحر وينبغي على قياس هذا أنَّه لو باع ثمرة بدون الشجر ولم يدرك ولم يرض البائع بإعارة الشجر أن يتخير المشتري إنْ شاء أبطل البيع أو قطها لأنَّ في القطع إتلاف المال (قلت): وأما قوله في جامع الفضولين ولو باع أرضاً بدون الزرع فهو للبائع بأجر مثلها إلى الإدراك فاستشكله في البحر بما مر أنَّه يجب على البائع قطعه وتسليم الأرض فارغة وحمله في النهر على ما إذا كان ذلك يرضي المشتري.

باب الخيارات

صح خيار الشرط لكل من العاقدين ولهما معاً ثلاثة أيام لا أكثر إلا إن

باب الخيارات

وفي المستصفى العلل نوعان، عقلية وهي ما لا يجوز تراخي الحكم عنها كالسواد مع الإسوداد ولذلك قال الشيخ أبو نصر العلة العقلية ما إذا وجد يجب الحكم به وشرعية كالبيت للحج والأوقات للصلاة، والبيع للملك. وفي مثل هذه العلة يجوز تراخي الحكم عن علته إلاّ أنه لا يجوز تخلف الحكم عن العلة إلاّ على قول من يجوز تخصيص العلة. واعلم أنَّ الموانع أنواع: مانع يمنع انعقاد العلة كما إذا أضاف البيع إلى حر. ومانع يمنع تمام العلة كما إذا أضاف إلى مال الغير. ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط. ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية. ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب فقدم خيار الشرط. على أنواعه لهذا وفي البحر والخيارات في البيع لا تنحصر في الثلاثة بل هيَّ ثلاثة عشر خياراً: خيار الشرط، خيار الرؤية، خيار العيب، خيار الغبن، خيار الكمية، خيار الاستحقاق، خيار كشف الحال، خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض، خيار إجازة عقد الفضولي، خيار فواة الوصف المشروط المستحق بالعقد، خيار التعيين، خيار الخيانة في المرابحة، خيار نقد الثمن وعدمه. **(صح خيار الشرط)** أي الإختيار للفسخ أو الإجازة بسبب شرطه ولو بعد البيع.

فالخيار اسم من الإختيار والإضافة من قبيل إضافة الحكم إلى علته وسببه وهيَّ بين الفصحاء والفقهاء شائعة فلا حاجة إلى ما قيل من أنه لو قال صح شرط الخيار لكان أولىٰ لأنَّ الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار تدبر **(لكل من العاقدين)** أي البائع والمشتري منفرداً **(ولهما معاً)** أي: صح الخيار للبائع والمشتري جميعاً في مبيع أو بعضه صرح في السراجية حيث قال: اشتريٰ مكيلاً أو موزوناً أو عبداً وشرط الخيار في نصفه أو ثلثه أو ربعه جاز كما في البحر **(ثلاثة أيام)** بالنصب على الظرف أو بالرفع على الابتداء والخبر هو الظرف

. . . .

وفي الخانية: باع نصف الزرع بدون الأرض لا يوز إلاَّ أن يكون الزرع بينه وبين الأكار فبيع الأكار نصيبه من صاحب الأرض جاز وبعكسه لا يجوز إلاَّ إذا كان البذر من قبل الأكار فينبغي أنْ يجوز انتهى والله أعلم بالصواب.

باب الخيارات

وصلت إلى ثلاثة المبوب لها، وخيار التعيين والخيار بفواة وصف مرغوب فيه، وخيار النقد والاستحقاق وتفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع، وإجازة عقد الفضولي، والخيانة في المرابحة، وخيار الغبن والملكية وخيار كشف الحال.

كذا في النهر وأغلبها ذكره المصنف يعرف ذلك من مارس الكتاب **(صح خيار الشرط)** قدمه لأنَّه

أجاز في الثلاثة وعندهما يجوز إنْ بَيَّنَ مدة معلومة أية مدة كانت وإن اشترى على

المتقدم ويجوز أن يكون هو مبتدأ على نحو قوله تعالى: ﴿ومنهم دون ذلك فيكون من قبيل التجازب﴾ كما في القهستاني لكن في الفتح والصواب أنْ يقدر مدته بثلاثة أيام فما دونها **(لا أكثر)** من ثلاثة أيام عند الإمام وزفر، والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام: «لحبان بن منقذ يغبن في البياعات إذا بايعت فقل لا خلابة وإلى لخيار ثلاثة أيام وجهه»[1] إن شرط الخيار مخالف لمقتضي العقد وهو اللزوم أولاً فيكون مفسداً لكنه جوز بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة لا ما فوقها، وفي البحر وحين ورد النص به جعلناه داخلاً على الحكم ما نعاله تقليلاً لعمله بقدر الإمكان ولم نجعله داخلاً على أصل البيع للنهي عن بيع بشرط والبيع الذي شرط فيه الخيار يقال فيه: علة اسماً ومعنى لا حكماً، وللخالي عنه علة اسماً ومعنًى وحكماً، **(إلاّ إن أجاز)** أي من له الخيار **(في الثلاثة)** يعني لا يجوز الخيار أكثر من ثلاثة أيام لكن لو ذكر أكثر منها، وأجاز في الثلاثة بإسقاط خيار الأكثر عندا لإمام ولا اعتبار لأوله لزوال المفسد قبل تقرره فانقلب صحيحاً وقد اختلفوا في صفة العقد فقيل انعقد فاسداً ثم يعود صحيحاً بزوال المفسد في ظاهر الرواية وهو قول العراقيين: وقيل: موقوف على إسقاط الشرط فبمضي جزء من الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحاً، وهو مختار السرخسي وفخر الإسلام وغيرهما من مشائخ ما وراء النهر، وعند زفر والشافعي يفسد من أول الأمر إذا شرط الزيادة على الثلاث ولو ساعة فلا ينقلب جائزاً كالنكاح بغير شهود حيث لا ينقلب صحيحاً بالإشهاد، **(وعندهما يجوز)** أكثر من الثلاث **(إنْ بين مدة معلومة أية مدة كانت)** طويلة أو قصيرة لما روي

. . . .

يمنع ابتداء الحكم، ثم خيار الرؤية لأنّه يمنع تمام الحكم، ثم خيار العين لأنّه يمنع لزوم الحكم **(لكل)** واحد **(من العاقدين ولهما معاً ولغيرهما)** بعد العقد أو معه لا قبله وقد وصلت مواضع صحته إلى ثلاثة عشر موضعاً في مبيع، ولو في بعضه بلا فرق بين بيع صحيح وفاسد وإجارة وصلح عن مال، ولو بغير عينه وكتابة وكفالة وحوالة وإقالة، وقسمة ووقف عند الثاني، ورهن وخلع وعتق على مال لو شرط للراهن والمرأة والقن وأبراه بأنْ قال: أبرأتك على أني بالخيار وتسليم شفعة بعد طلب المواثبة ولا يصح في نكاح وطلاق، ويمين ونذر ووكالة وإقرار علله في الخانية بأنه إنما يدخل في لازم يحتمل الفسخ، انتهى. وقياسه أنه لا يصح في وصية كما لا يصح في صرف وسلم حتى لو شرط الخيار فيهما لأحدهما بطل العقد كما في جامع الفضولين ونظمها في النهر فقال: يأتي خيار الشرط في الإجارة، والبيع والإبراء والكفالة، والرهن والعتق وترك الشفعة، والصلح والخلع مع الحوالة، والوقف والقسمة والإقالة، لا الصرف والإقرار، والوكالة، ولا النكاح، والطلاق والسلم، نذر وإيمان فهذا يغتنم. قال

---

(١) أخرجه البخاري (بيوع، ٤٨)، (استقراض، ١٩)، (خصومات، ٣)، (حيل، ٧)، ومسلم (بيوع، ٤٨)، وأبو داود (بيوع، ٦٦)، والترمذي (بيوع، ٢٨)، والنسائي (بيوع، ٥١)، والموطأ (بيوع، ٩٨)، وأحمد بن حنبل (٢، ٨٠، ١٢٩، ١٣٠)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/٢٤٨.

أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح وإلى أربعة أيام لا إلاّ أن ينقد في الثلاثة

عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأنَّ الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمست الحاجة إلى الأكثر فشابه التأجيل في الثمن قيد بمعلومة لأنَّ الخيار إذا كان مجهولاً بأن قال: اشتريت على أبي بالخيار أياماً أو قال: مؤبداً فإنَّه غير جائز اتفاقاً وفي الخلاصة لو أثبت الخيار ولم يذكر وقتاً فله الخيار ما دام في المجلس. **(وإن اشترى)** شخص شيئاً **(على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح)** البيع استحساناً إذا نقده في الثلاث، والقياس، وهو قول زفر والأئمة الثلاثة لا يجوز لأنَّه بيع شرطت فيه الإقالة، فهو مفسد ولنا أنَّ ابن عمر رضي الله تعالى عنهما باع ناقةً بهذا الشرط ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولأنَّه في معنى شرط الخيار فلا يفسده قيد بقوله إلى ثلاثة لأنَّه لو لم يبين الوقت أصلاً، أو ذكر وقتاً مجهولاً فالبيع فاسد اتفاقاً. **(و)** إن اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن **(إلى أربعة أيام لا)** يصح البيع عند الإمام لأنَّ هذا في معنى الخيار من حيث أنَّ المقصود منها التفكر وشرط فوق الثلاثة مفسد فكذا هذا. وعن أبي يوسف روايتان وأصحهما أنه مع الإمام **(إلاّ أن ينقد في الثلاثة)** أي اشترى على أنَّه إنْ لم ينقد الثمن إلى أربعة أو أكثر فنقد في الثلاث جاز

. . . .

في البحر: وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة لأنها إجارة وزاد في الأشباه والتنوير والقهستاني تبعاً للفصول الكتابة فهي ستة عشر **(ثلاثة أيام)** أو أقل اتفاقاً وفسد عند الإطلاق أو التأبيد أو التوقيت بوقت مجهول اتفاقاً وثلاثة بالنصب على الظرف وبالرفع على الابتداء والخبر هو الظرف المتقدم ويجوز أنْ يكون هو مبتدأ على نحو قوله تعالى: ﴿ومنهم دون ذلك﴾ فيكون من قبيل التجاذب، **(لا أكثر)** من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة وزفر والشافعي حتى كان لكل منهما فسخه سواء كان له الخيار أو لا **(إلاّ إن أجاز)** من له الخيار **(في الثلاثة)** ولو في الليل الرابع ما لم يطلع الفجر ذكره القهستاني فينقلب صحيحاً في ظاهر الرواية لزوال المفسد قبل تقرره كالبيع بالرقم **(قلت)**: والرقم علامة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ولا يعلم ذلك المشتري فإنَّ علمه في المجلس انقلب جائزاً بالانفاق كما في العناية وغيرها. قال القهستاني: والكلام مشير إلى أنه لو لم يكن الخيار مؤقتاً لم يكن له الإجازة في الثلاث وقد جاز عند الكل.

وكذا بعده عندهما خلافاً لهما وعند أبي يوسف أنَّه إذا شرط الخيار يوماً بعد سنة جاز البيع كما في المحيط وغيره، وفي النوازل لو شرط الخيار لجيرانه إنْ عد أسماءهم جاز وإلاَّ فلا لنيابته عن العاقد اقتضاء **(وعندهما يجوزان بين مدة معلومة أي مدة كانت)** طالت أو قصرت كتأجيل الثمن والصحيح قول الإمام كما في القهستاني وغيره. اعلم أنَّ الخيار في العقود كلها لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام إلاَّ في الكفالة في قوله الإمام زاد في البزازية، وللمحتال، وكذا في الوقف لأنَّ جوازه على قول الثاني وهو غير مقيد عنده بالثلاث (فروع) يجوز إلحاق خيار الشرط، ففي البزازية قال له البائع بعد أيام: أنت بالخيار ثلاثة أيام له الخيار ثلاثة أيام في المختار ولو قال: أنت بالخيار له الخيار ما دام في المجلس زاد في الفتح ولو قال إلى الظهر فعند الإمام يستمر إلى أن يدخل وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية وفي

وعند محمد يجوز إلى أربعة وأكثر وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فإن قبضه المشتري فهلك لزمه قيمته وخيار المشتري لا يمنع فإن هلك في يده لزم الثمن وكذا لو

بالإجماع كما في شرط الخيار لزوال المفسد **(وعند محمد يجوز إلى أربعة)** أيام **(وأكثر)** كما في خيار الشرط جرياً على أصله، وأبو يوسف كان مع محمد في هذا الأصل لكن خالفه في هذه المسألة عملاً بالنهي الوارد عن البيع بشرط، إلاَّ أنَّ النص ورد في شرط الخيار فجاز فبقيَّ الحكم في المسألة على مقتضى النهي لكن يشكل قول أبي يوسف بتجويز الزيادة على شهرين لعدم الأثر في الزيادة مع أنها يجوز تأمل **(وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه)** وإن قبضه المشتري بإذن البائع لأنَّ خروجه إنما يكون برضى البائع والخيار ينافيه فيصح تصرف البائع في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك من الهبة والعتق والوطء وغيرها ويصير فسخاً للبيع فيخرج الثمن عن ملك المشتري اتفاقاً لكنه لا يدخل في ملك البائع عند الإمام، وقالا: يدخل **(فإن قبضه)** أي المبيع **(المشتري)** سواء بإذن البائع أو لا **(فهلك)** عنده في مدة الخيار حتى لو هلك عند البائع ينفسخ البيع ولا شيء على المشتري **(لزمه قيمته)** أي قيمة المبيع على المشتري لأنَّ خيار البائع لا يسقط عن المبيع الهالك، فيقع الهلاك على ملكه فينفسخ البيع لعدم إمكان اللزوم إذ لو لزم للزم بعد الهلاك، وإذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضموناً كالمقبوض على سوم الشراء لأنَّ بطلان العقد لا يبطل المساومة، فوجب الضمان بالقيمة إن قيميا وبالمثلى إن مثلياً ولم يذكر المثل كما ذكره البعض اكتفاء بذكر الأصل في الضمان قيدنا في مدة الخيار لأنَّه لو هلك بعد تمام ا لمدة يجب عليه الثمن لا الضمان لأنَّ العقد قد لزم بعد تمامها **(وخيار المشتري لا يمنع)** خروج المبيع عن ملك البائع اتفاقاً للزم البيع في جانبه ويمنع خروج الثمن من ملك المشتري بالإنفاق والأصل إنَّ البدل الذي من له جانب من الخيار لا يخرج عن ملكه **(فإنْ هلك)** المبيع **(في يده)** أي المشتري **(لزم الثمن)** لأنَّ المبيع إذا قرب من الهلاك يكون معيباً لا

....

الخانية لو اختلفا في اشتراطه فالقول لنا فيه في ظاهر الرواية وقال محمد: **(فهو)** لمدعيه والبينة للآخر **(وإن اشترى)** شيئاً **(على أنه)** أي المشتري **(إن لم ينقد)** أي لم يعط البائع **(الثمن)** مفعوله الثاني أي ثمن العبد مثلاً **(إلى ثلاثة أيام)** أو أقل أو أكثر منها **(فلا بيع)** بينهما ويسمى خيار النقد **(صح)** البيع استحساناً للحاجة كشرط الخيار في الصحة تحرزاً عن المماطلة، وكذا لو نقد المشتري الثمن على أنَّ البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح أيضاً والخيار في مسألة الكتاب للمشتري، وفي الثانية للبائع **(قلت)**: وأفاد في النهر أنَّ خيار النقد يأتي في الخلع أيضاً وفي الإجارة إذا عجلت الأجرة، والصلح حيث اعتبر تبعاً.

(و) إن اشترى كذلك **(إلى أربعة أيام لا)** يصح وهل هو فاسد أو موقوف خلاف **(إلاَّ أن ينقد في الثلاثة)** فيصح اتفاقاً ولا ينفسخ العقد وهو الصحيح، وكذا لو اعتقه المشتري وهو في يده ينفذ عتقه ولو كان في يد البائع لا ينفذ **(وعند محمد)** والأصح أن أبا يوسف مع الإمام كما في شرح المجمع **(يجوز**

. . . .

يمكن الرد فيلزم العقد الموجب الثمن المسمى خلافاً للشافعي فإنَّ عنده تجب القيمة **(وكذا)** لزم الثمن **(لو تعيب)** في يد المشتري أطلقه فشمل ما إذا عيبه المشتري أو أجنبي أو تعيب بآفة سماوية ولكن ليس باقياً على إطلاقه وإنما المراد به عيب يلزم ولا يرتفع كما إذا قطعت يده.

وأما ما يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره إنْ زال المرض في الأيام الثلاثة، وأمَّا إذا مضت والعيب قائم لزم البيع لتعذر الرد كما في البحر وغيره، وإنما لم يقل عيباً لا يرتفع كما قال: بعض الفضلاء لأنَّه إذا كان العيب نظيراً لهلك يفهم أنْ يكون العيب مما لا يرتفع كما لا

. . . .

إلى أربعة وأكثر) كخيار الشرط وفيه إشارة إلى أنه لو لم يبين الوقت أصلاً أو بين مجهولاً كالأيام فقد فسد كما في الذخيرة (مهمة) في البحر عن الخانية وغيرها اشترى شيئاً وقبضه ثم وكل المشتري رجلاً على أنَّه إن لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوماً، فإن الوكيل يفسخ العقد بينهما جاز البيع لأنَّ الشرط لم يكن في البيع حتى لو لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوماً كان للوكيل أن يفسخ.

ثم ذكر الأقوال الثمانية في بيع الوفاء **(قلت)**: وأشهرها أنه كالرهن ومنها أنَّه بيع صحيح مقيد لبعض أحكامه من حل الإنتفاع به إلاَّ أنه لا يملك بيعه. قال الزيلعي في الإكراه: وعليه الفتوى ونقل أنَّ صورته أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بألف على أني لو دفعت إليك ثمنك تدفع العين إليَّ. وفي النهر بعد سرد الأقوال والعمل في ديارنا على ما رجحه الزيلعي. **(قلت)**: وهذا البيع موجود بمصر، ويسمونه بيع الأمانة وبالشام، ويسمونه بيع الوفاء وبيع الإطاعة، وبيع الخيار وقد حررته مع بيع العينة والتلجئة فيما علقته على التنوير قبيل كتاب الكفالة. وذكر الباقاني أنَّ ما في الخانية من أن بيع التلجئة باطل منظور فيه والصواب أنَّه فاسد لما في الخانية أيضاً ولو شرط التلجئة في البيع الفاسد وهو أن يظهرا عقداً ولا يريد أنَّه لخوف عدو وحكمه كالهزل فينعقد غير لازم كالبيع بالخيار ولو تواضعا قبل البيع ثم تبايعا خالياً عن الشراط فالبيع جائز عند أبي حنيفة إلاَّ إذا تصادقا أنهما تبايعا على تلك المواضعة وهذا يدل أنهما إذا توضعا على الوفاء قبل العقد ثم عقدا خالياً عن شرط الوفاء فالعقد جائز ولا عبرة للمواضعة ولو ادعى أحدهما فساد العقد والآخر صحته فالقول لمدعي الصحة، ولو برهنا فالبينة المدعي الفساد وتمامه فيه **(وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه)** بالاتفاق كما أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه فخيار كل يمنع خروج كل، ولو كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك المالك وتصرف كل منهما في بدل ملكاً باطل وأيهما فسخ في مدة الخيار انفسخ.

وفي قوله عن ملكه: ءيما إلى أن البائع هو المالك فلو كان فضولياً كان اشتراط الخيار مبطلاً للبيع لأنَّ الخيار له بدون الشرط كما في فروق الكرابيسي **(فإن قبضه المشتري)** بإذنه **(فهلك)** في مدة الخيار **(لزمه قيمته)** كالمقبوض على سوم الشراء أي للشراء فإضافته بيانية وفيه القيمة في القيمي والمثل في المثلى إذا كان القبض بعد تسمية الثمن وعليه الفتوى ولو شرط المشتري عدم ضمانه كما في البزازية ولو تعيب عند المشتري خير البائع بين إمضاء البيع أو فسخه وأخذ النقصان في غير المثلى لشبهة الربا كما في الحدادي. واعلم أن الطرسوسي في أنفع الوسائل شرط في ضمان المقبوض على

تعيب إلاّ أنه لا يدخل في ملك المشتري خلافاً لهما فلو اشترى زوجته بالخيار لا يفسد النكاح وإن وطئها فله ردها لأنه بالنكاح إلاّ في البكر ولو ولدت في مدته لا تصير أم ولده ولو اشترى قريبه به أو عبداً بعد قوله إن ملكت عبداً فهو حر لا يعتقان في مدته ولا

يرتفع الهلاك لأنَّ الكلام فيما لايمكن رده على وجه قبضه أولاً تأمل (**إلاّ أنه**) أي المبيع إذا خرج عن ملك البائع فيما إذا شرط الخيار للمشتري (**لا يدخل في ملك المشتري**) عند الإمام كيلا يجتمع البدل والمبدل عنه في ملك شخص واحد (**خلافاً لهما**) فإن عندهما يدخل وهو قول الأئمة الثلاثة لأنَّه لما خرج البيع عن ملك البائع وجب أن يدخل في ملك المشتري كيلا يصير سائبة بغير مالك قيده يكون المبيع في يد المشتري لأنَّه لو هلك قبل القبض فلا شيء عليه اتفاقاً.

ولم يذكر حكم ما إذا كان الخيار لهما ففي أكثر المعتبرات لا يخرج شيء من المبيع والثمن من ملك البائع والمشتري اتفاقاً (**فلو اشترى زوجته بالخيار**) هذا تفريع لما قبله (**لا يفسد النكاح**) عند الإمام لأنَّه لا يملكها باعتبار الخيار ويفسد عندهما لأنَّه يملكها (**وإن وطئها**) أي الزوجة المشتراة بالخيار (**فله**) أي للزوج المشتري (**ردها**) عند الإمام (**لأنه**) أي الوطء (**بالنكاح**) أي بحكم ملك النكاح لبقائه لا بحكم ملك اليمين لعدمه وعندهما ليس له أن يردها مطلقاً (**إلاّ في البكر**) فإنها لا ترد اتفاقاً لأن الوطء ينقصها عنده وعندهما الوطء بملك اليمين وظاهره أنه لو نقصها وهي يثبت، فالحكم كذلك كما في البحر (**ولو ولدت**) تلك المشتراة أو حبلت منه (**في مدته**) أي في مدة الخيار بالنكاح (**لا تصير**) تلك المشتراة (**أم ولده**) أي الزوج المشتري عند الإمام خلافاً لهما فإنَّ عندهما تصير أم ولد له أو ادعى الولد لأنه ولد والفراش ضعيف كما في الإيضاح لكن الكلام في الحامل من المشتري بالنكاح، فلا حاجة إلى قيد الدعوة تدبر، ومحله ما إذا كان قبل القبض أما بعده سقط الخيار اتفاقاً وتصير أم ولد للمشتري لأنها تعيبت عنده بالولادة فعلى هذه لو قال: ولو ولدت في مدته بالنكاح قبل القبض كما في أكثر المعتبرات لكان أولى تدبر (**ولو اشترى قريبه**) أراد به ذا رحم محرم منه (**به**) أي بالخيار (**أو**) اشترى (**عبداً**) أو أمة (**بعد قوله إن ملكت عبداً**) أو أمة (**فهو حر لا يعتقان في مدته**) عند

. . . .

سوم الشراء ذكر الثمن من جانب المشتري أما من البائع وحده فلا ضمان ورده في البحر بما في الظهيرية وغيرها. قال له: هذا الثوب لك بعشرة فقال هاته حتى انظر إليه أو حتى أريه غيري فضاع لا شيء.

وإن قال له: هاته فإن رضيته أخذته فضاع كان عليه قيمته كما في الخانية فثبت بهذا أن المقبوض على سوم النظر أمانة إن ذكر الثمن من جهة البائع يكفي للضمان وأنَّه اشتبه عليه المقبوض على سوم الشراء بالمقبوض على وجه النظر فتدبر ثم قال الطرسوسي: وينبغي أن لا يزاد بالقيمة على المسمى كما في الإجارة الفاسدة. قال في النهر: وفيه نظر بل ينبغي أن تجب بالغة ما بلغت كما صرحوا في البيع الفاسد فكذا هذا. (**قلت**): وفي وقف الفتح القدير أنَّ الطرسوسي بعيد عن الفقة. وفي القهستاني

يعد حيض المشتراة به في مدته من الاستبراء ولا استبراء على البائع إن ردّت به ولو قبض

الإمام لعدم الدخول خلافاً لهما بخلاف ما إذا قال إن اشتريت لأنَّه لا يصير كالمنشىء للعتق بعد الشراء فسقط الخيار فيعتق عندهم جميعاً (**ولا يعد حيض**) الجارية (**المشتراة به**) أي بالخيار إذا حاضت (**في مدته**) أي مدة الخيار (**من الإستبراء**) عند الإمام خلافاً لهما (**ولا استبراء على البائع**

....

السوم من المشتري الاستيام ومن البائع العرض على البيع مع بيان الثمن كما في المغرب فالتفسير بالعرض على البيع لا ينبغي من وجهين أحدهما أنَّه من البائع وما نحن فيه من المشتري. والثاني: الإكتفاء بجزء المعنى ألا ترى أنَّه لو قال: اذهب بهذا لاثوب فإن رضيته اشتريته فذهب بها فهلك لا يضمن، ولو قال: إن رضيته اشتريته بعشرة فذهب بها فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى كما في النهاية انتهى.

وفي جامع الفضولين المقبوض على سوم الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين والمقبوض على سوم القرض مضمون بما ساومه به من القرض والمقبوض على سوم النكاح مضمون يعني لو قبض أمة غيره لتزوجها بإذن سيدها فهلكت في يده ضمن قيمتها. وفي الخانية: الوكيل بالشراء إذا أخذ ثوباً على السوم فلم يرض به الموكل وهلك في يد الوكيل ضمن قيمته من ماله ولا يرجع بها على الوكيل إلا بأمره بذلك.

كذا في النهر (**وخيار المشتري لا يمنع**) خروج المبيع عن ملك البائع (**شخص**) بل يخرج للزوم البيع من جانبه ويمنع خروج لثمن من ملك المشتري والأصل أنَّ البدل الذي من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه (**فإن هلك**) المبيع (**في يده**) أي يد المشتري (**لزم الثمن**) لأنَّ الهلاك لا يعزى عن مقدمة عيب يمنع الرد فكان بعد الانبرام. وفي الأولى: الهلاك بعد عروض العيب على ملك البائع فكان قبل التمام. (**وكذا**) يلزم القيمة في المسألة الأولى والثمن في الثانية (**لو تعيب**) المبيع بعيب لا يرتفع في مدة الخيار، كقطع يده سواء عيبه المشتري أو أجنبي أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو البائع وإن كان يرتفع كالمرض فهو على خياره، فإن ارتفع في المدة لا يلزمه وإلا لزمه فإذا تعيب بطل خياره فعليه الثمن (**إلا أنه**) أي المبيع إذا خرج عن ملك البائع فيما إذا شرط الخيار للمشتري (**لا يدخل في ملك المشتري خلافاً لهما**) إذ لو لم يدخل في ملكه لصار سائبة ولم تعهد شرعاً يعني في المعاوضات، وله أنَّه لو دخل في ملكه لاجتمع البدلان في ملك إنسان ولأنَّه لو دخل في ملكه يحصل عليه بشراء قريبه الضرر بعتقه عليه، والخيار شرع للنظر فيعود على موضعه بالنقض، ولا نسلم أنَّه كالسائبة لأنها التي لا ملك فيها لأحد ولا تعلق ملك والثاني موجود هنا ولا خلاف أنَّ النفقة تجب على المشتري كما في السراج وثمرة الخلاف تظهر في عشرة مسائل ذكرها بقوله (**فلو اشترى زوجته بالخيار لا يفسد النكاح**) لعدم دخولها في ملكه (**وإن وطئها**) في المدة (**فله ردها**) بالخيار (**لأنه**) أي الوطء (**بالنكاح**) لعدم ملك اليمين (**إلاَّ في البكر**) وكذا الثيب إذا نقضها به فلا ترد اتفاقاً (**ولو ولدت**) بالنكاح (**في مدته**(أي الخيار (**لا تصير أم ولده**) فله الرد يعني قبل القبض، أما بعده فتصير إذا ادعاه، ويسقط الخيار للعيب (**ولو اشترى قريبه**) ذا رحم محرم منه (**به أو**) اشترى (**عبداً بعد قوله: إن ملكت عبداً فهو حر لا يعتقان في مدته ولا يعد**) أي لا يجزىء (**حيض المشتراة به في مدته من الاستبراء والاستبراء على البائع**) كذا في نسخ الشارحين

المشتري به المبيع بإذن البائع ثمّ أودعه عنده فهلك فهو على البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك ولو اشترى المأذون شيئاً به فأبرأه بايعه عن ثمنه يبقى خياره وله الرد لأنه يلي عدم التملك ولو اشترى ذمي من ذمي جرابه فأسلم في مدته بطل شراؤه كيلا يتملكها مسلماً بالإجازة خلافاً لهما في الجميع. ومن له الخيار يجيز بحضرة صاحبه وغيبته ولا

إن ردت) الجارية **(به)** أي بالخيار عند الإمام سواء كان قبل القبض أو بعده لأنه لم يدخل في ملك غيره وعندهما إنْ كان قبل القبض لا يجب على البائع الإستبراء استحساناً والقياس إن يجب لتجدد الملك وإن كان بعده يجب قياساً واستحساناً.

واجمعوا في البيع البات يفسخ بإقالة وغيرها إنَّ الاستبراء واجب على البائع إذا كان الفسخ قبل القبض قياساً وبعده قياساً واستحساناً كما في العناية، **(ولو قبض المشتري به)** أي بالخيار **(المبيع بإذن البائع ثم أودعه)** أي أودع المشتري المبيع **(عنده)** البائع **(فهلك)** في يد البائع في المدة أو بعدها **(فهو على البائع)** عند الإمام ولا شيء على المشتري **(لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك)**، فلا يثبت الإبداع بل يصير رده لرفع القبض فيقع الهلاك قبل قبض المشتري وهو يبطل البيع، وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لأنّه ملكه فصار موذعاً ملك نفسه فهلاكه في يد الموضع كهلاكه في يده هذا لو كان الخيار للمشتري ولو للبائع، فسلم المبيع إلى المشتري فأودعه البائع بطل البيع عند الكل ولو كان البيع باتاً فقبض بإذن البائع **فهلك** عنده بطل البيع عند الكل ولو كان البيع بانا فقبض المبيع بإذن البائع أو بغير إذنه، ثم أودعه البائع فهلك كان على المشتري اتفاقاً لصحة الإيداع كما في البحر، **(ولو اشترى)** العبد **(المأذون شيئاً به)** أي الخيار **(فأبرأه بايعه عن ثمنه)** في المدة **(يبقى خياره)** عند الإمام لأنّه لما لم يملكه كان الرد امتناعاً عن التملك **(وله)** أي للمأذون **(الرد)** بالخيار **(لأنّه)** أي المأذون **(بل عدم التملك)** كما لو وهبت له هبة فامتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لأنّه ملكه فكان الرد والفسخ منه تمليكاً من البائع بلا بدل وهو تبرع، والمأذون لا يملكه وهذا يقتضي صحة الإبراء لكن لا يصح عند أبي يوسف قياساً ويصح عند محمد استحساناً **(ولو اشترى ذمي من ذمي جرابه)** أي بالخيار **(فأسلم في مدته بطل شراؤه)** عند الإمام **(كيلا يتملكها)** أي الخمر **(مسلماً بالإجازة)** وعندهما بطل الخيار لأنّه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم هذا في إسلام المشتري، أما لو أسلم البائع فلا يبطل بالإجماع وصار المشتري على حاله **(خلافاً لهما في الجميع)** أي في جميع المسائل

. . . .

البهنسي والباقاني (قلت): لكن في المتون التي رأيتها ولا استبراء بالنفي وهو الصواب فافهم **(إن ردت)** قبل القبض أو بعده (به) أي بالخيار وإن خرجت من ملكه **(ولو قبض المشتري به)** أي بالخيار **(المبيع بإذن البائع)** ليتم القبض **(ثم أودعه عنده فهلك)** في يده **(فهو على البائع لارتفاع القبض بالرد)** إلى بائعه **(لعدم الملك ولو اشترى)** العبد **(المأذون شيئاً به)** أي بالخيار **(فأبرأه بائعه عن ثمنه)** في المدة **(يبقى خياره وله الرد لأنّه)** أي المأذون **(على عدم التملك)** وإن جازه في البيع له بلا ثمن **(ولو اشترى ذمي من**

يفسخ إلاّ بحضرته خلافاً لأبي يوسف فإنْ فسخ وعلم به في المدة انفسخ وإلاّ تم العقد

المذكورة في قوله: فلو اشترى إلى هنا وقد ذكر قولهما ووجهما عقيب كل مسألة وقد زاد بعض الشارحين على ما ذكره مسائل.

منها ما إذا تخمر العصير في بيع مسلمين في مدته فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه وعندهما لعجزه عن رده، ومنها لو اشترى داراً على أنَّه بالخيار وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام سكناها قال السرخسي لا يكون اختياراً وهو كابتداء السكني، وقال خواهر: زاده استدامتها اختيار عندهما لملك العين وعنده ليس باختيار.

ومنها حلال اشترى ظبياً بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده ينتقض عنده ويرد إلى البائع لا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع ولو كان للمشتري فأحرم البائع للمشتري أنْ يرده. ومنها أن الخيار إذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزائد ترده على البائع عنده لأنَّها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لأنها حدثت على ملكه كما في البحر (**ومن له الخيار**) سواء كان بايعاً أو مشترياً أو أجنبياً فله أن يفسخه وله أن يجيزه وإذا أراد الإجازة (**يجيز**) البيع (**بحضرة صاحبه وغيبته**) في مدته بالقول: أو الفعل وإن لم يعلم صاحبه بالإنفاق لكونه راضياً وقت إثبات الخيار (**ولا يفسخ**) البيع في مدته (**إلاّ بحضرته**)، والمراد بالحضرة علم صاحبه أو علم من يقوم مقامه عند الطرفين، لأنَّ الفسخ تصرف في حق صاحبه وإذ لا يجوز بدون علمه كالوكيل إذا عزل الموكل لا يثبت حكم عزله في حقه ما لم يعلم فالخيار باقٍ على حاله (**خلافاً لأبي يوسف**) وهو قول زفر والأئمة الثلاثة فإنهم يقولون، يفسخ

. . . .

ذمي خمراً به) أي بالخيار (**فاسلم في مدته بطل شراؤه كيلا يتملكها مسلماً بالإجازة**) كل ذلك عنده (**خلافاً لهما في الجميع**) وزيد على ذلك مسائل. منها لو تخمر العصير في بيع مسلمين لو تخمر في مدته فسد واستدامة السكنى بإجارة أو إعارة ليس باختيار ولو اشترى صيداً فأحرم ينتقض البيع وزوائد المبيع الحادثة في المدة بعد الفسخ للبائع (**ومن له الخيار**) بائعاً كان أو مشترياً أو كلاهما أو أجنبياً (**يجيز بحضرة صاحبه وغيبته**) إلاّ أن يكون الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة لأنَّ المفسوخ لا تلحقه الإجازة (**ولا يفسخ**) بالقبول (**إلاّ بحضرته**) أي علم صاحبه لأنّه لا يعزى عن مضرة وأما بالفعل كعتق البائع المبيع أو بيعه أو وطء الجارية أو تقبيلها أو تصرف المشتري في الثمن وهو عين والخيار له فإنه يفسخ حكماً اتفاقاً في الحضرة والغيبة (**قلت**): والأصل أنّه في العزل الحكمي لا يشترط العلم كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر المأذون له في التجارة بارتداد ولحوق وجنون كما في المنح عن البحر فليحفظ (**بالحضرة**) (**خلافاً لأبي يوسف**) فإنه يفسخ عنده وإن لم يعلم صاحبه وهو قول الثلاثة لأنه قد يتضرر بغيبة صاحبه إلى مضي مدة الخيار فيلزم البيع. قلنا: هو ضرر مرضي لعدم الاستيثاق بكفيل، وقال الزيلعي: الحيلة أن يأخذ به وكيلاً حتى إذا بدا له الفسخ رده عليه. وقال بعضهم: أنَّ الحاكم لو نصب من يخاصم صح الرد عليه انتهى (**قلت**): وهذا أحد القولين كما بسط في

ويتم العقد أيضاً بموت من له الخيار وكذا بمضي المدة وبالأخذ بشفعة بسبب المبيع وبكل ما يدل على الرضىٰ كالركوب لغير الاختبار والوطء والإعتاق وتوابعه ولو شرط

بغيبته أيضاً لأنه مسلط على الفسخ من طرف صاحبه فلا يتوقف على علمه ولذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع هذا إذا كان الفسخ بالقول، ولو كان بالفعل كالإعتاق، والبيع والوطء يجوز بلا علمه بالإتفاق لأنَّه حكميً ولا تشترط العلم في الحكمي. وذكر الكرخي إنَّ خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالإجماع لأنَّه لا يثبت إلاَّ بالقضاء (**فإنْ فسخ**) من له الخيار بغيبة صاحبه (**وعلم به**) الآخر (**في المدة انفسخ**) البيع لحصول العلم به (**وإلاَّ**) أي وإنْ لم يعلم به الآخر في المدة بل علم بعد مضي المدة (**تم العقد**) لوجود الرضىٰ دلالة حيث لم يتم الفسخ لا يقال إنَّ في شرط العلم ضرراً لمن له الخيار إذ لا يجوز أن يختفي صاحبه فلا يصل إليه الخبر في مدته لأنا نقول: يمكن تداركه بأن أخذ منه كفيلاً يحضره في المدة أو وكيلاً يثق به حتى إذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم: لو رفع الأمر إلى الحاكم فنصب من يخاصم عنه صح الرد عليه (**ويتم العقد أيضاً بموت من له الخيار**) ولا ينتقل إلى الورثة وقال الشافعي: يورث عنه لأنَّه حق لازم له في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب وبه قال مالك: ولنا أنَّ الغرض منه التأمل لغرض نفسه، وقد بطلت أهلية التأمل بخلاف خيار العيب لأنّ المورث استحق المبيع سليماً فكذا الوارث لا أنه ورث خياره.

كذا قال: إذا علمت هذا ظهر إنَّ خيار لتغرير وهو ما إذا غر البائع المشتري أو بالعكس ووقع البيع بينهما بغبن فاحش لا يورث لأنَّه مجرد حق ثبت للبائع أو للمشتري كما في خيار الشرط كما في المنح.

وقيد بموت من له الخيار لأنَّ الخيار لا يبطل بموت من عليه الخيار اتفاقاً. (**وكذا**) يتم العقد ويبطل الخيار (**بمضي المدة**) فإنْ أغمى عليه أو جن أو نام أو سكر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة الصحيح أنه يسقط الخيار كما في الإختيار خلافاً لمالك، (**و**) يتم (**بالأخذ بشفعة بسبب المبيع**) بشرط الخيار يعني لو اشترى داراً على أنَّه بالخيار فبيعت دار أخرى بجنبها في

. . . .

العمادية وخيار الرؤية على هذا الخلاف، وفي العيب لا يصح فسخه بدون علمه إجماعاً ولو أجاز البائع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري به جاز وبطل فسخه. ذكره الاسبيجابي يعني عندهما وفيه يظهر أثر آلخلاف. وكذا فيما إذا باعه بشرط أنَّه إذا غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافاً له (**قلت**): ورجح قوله في الفسخ: كذا في النهر (**فإن فسخ**) من له الخيار (**وعلم**) صاحبه (**به في المدة انفسخ**) لأنَّ الشرط علمه لا حضرته (**وإلا**) يعلم به في المدة ومضت (**تم العقد**) لمضي المدة قبل الفسخ (**ويتم العقد بموت من له الخيار**) لا بموت من عليه (**وكذا**) يتم (**بمضي المدة وبالأخذ**) أي وبطلب الأخذ (**بشفعة**) سواء كان طلب مواثبة، أو تقرير كما في النهر وغيره (**بسبب المبيع**) بالخيار (**وبكل ما يدل على الرضى**) من

المشتري الخيار لغيره جاز وأيهما أجاز البيع أو فسخ صح وإن أجاز وفسخ الآخر اعتبر

مدة وطلبها بطريق الشفعة فهذا الطلب رضيً بتملك الدار الأولى، لأنَّ طلب الشفعة بها يقتضي إبطال الخيار وإجازة الشراء سابقاً إذ الشفعة لا تصير إلاً بالملك وقيدنا بشرط الخيار لأنَّ طلبها لا يسقط خيار الرؤية، والعيب، ولو قال: وبالطلب بشفعة لكان أولى لأنَّ طلبها مسقط وإنْ لم يأخذها كما في المعراج فلهذا قلنا في تصويرها وطلبها بطريق الشفعة تدبر (و) يتم (**بكل ما يدل على الرضىٰ**) من قبيل عطف العام على لخاص (**كالركوب لغير الاختبار**) أيّ الامتحان فلو ركب دابة لينظر إلى سيرها لا يدل على رضاه كما لو ركبها ليردها أو ليسقيها، أو ليعلفها وفيه إشعار بأنَّه لو استخدم الجارية مرة للإمتحان، ثم أخرى فإنْ كان من نوع واحد فهو رضىٰ وإلاً فلا.

وكذا إذا لبسه مرَّة كما في أكثر الكتب فعلىٰ هذا يكون في عموم قوله لغير الإختبار نظر كما في الفرائد، لكن يمكن أنْ يقال: إنه أعم من الاختيار أو مما في حكمه فيندفع به النظر تدبر (**والوطء**) والتقبيل واللمس بشهوة، والنظر إلى الفرج بشهوة (**والإعتاق وتوابعه**) أي توابع الإعتاق كالتدبير، والكتابة.

وكذا كل تصرف لا ينفذ إلاّ في الملك كالبيع والإجارة والإسكان والمرمة، والبناء والتجصيص والهدم، ورعي الماشية وحلب البقرة، ومعالجة الدابة، وكرى الأنهار لأنَّ هذه التصرفات دليل الملك هذا كله.

إذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شيء من هذه الأشياء، وإن كان الخيار للبائع وفعل هذه الأشياء انفسخ البيع (**ولو شرط المشتري الخيار لغيره**) عاقداً أو غيره لعموم الغير (جاز)

. . . .

قبيل عطف العام على الخاص (**كالركوب**) للدابة (**لغير الاختبار**) فإنَّ ركوبها له لا يكون رضى (**والوطء**) للأمة وإن اشتراها بالخيار على أنَّها بكر فوطئها ليعلم أنها بكر أم لا كان إجازة لأنَّ هذا الفعل وإن احتج إليه للامتحان إلاً أنه لا يحل في غير الملك بحال.

وقد قالوا: بأنه لو وجدها ثيباً لكنه لم يثبت بعد كان له الرد بهذا العيب كذا في النهر. (**قلت**): ولم أره لغيره فليحرر (**والإعتاق**) تنجيزاً، أو تعليقاً ويوجد الشرط في المدة وكذا لو أعتق بعضه وقد أطلقوه هنا، كذا في النهر (**وتوابعه**) كالتدبير والكتابة (**قلت**): وبقي مما يتم به البيع ما إذا زاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن، وانجلاء بياض العين خلافاً لمحمد، ولا خلاف في امتناع الفسخ في غير المتولدة منه كالصبغ ونحوه.

وكذا في المنفصلة المتولدة كالعقر والثمر والمنفصلة الغير المتولدة كالغلة والكسب لا يمنعه اتفاقاً فإنْ أجاز المشتري لم ترد عندهما وعند الإمام ترد على البائع، كذا في الفصول (**ولو شرط المشتري الخيار لغيره**) عاقداً كان أو غيره (جاز) الخيار استحساناً وكذا البائع، لو شرط الخيار لغيره والتقيد بالمشتري لأنَّه المحتاج إلى رأي الغير غالباً ويثبت للعاقد اقتضاء تصحيحاً لتصرفه إذ النائب لا

السابق وإن كانا معاً فالفسخ ولو باع عبدين بالخيار في أحدهما فإنْ عينه وفصل ثمن كل

الشرط عندنا ويثبت لهما الخيار والقياس إنْ لا يجوز وهو قول زفر: لأنَّه موجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كالثمن.

وجه الإستحسان أنه يثبت له ابتداء ثم للغير نيابة تصحيحاً لتصرفه والتقييد بالمشتري اتفاقي لأنَّ البائع لو شرط الخيار جاز أيضاً كما في أكثر الكتب فعلىٰ هذا لو قال: وإن شرط أحد المتعاقدين الخيار لأجنبي لكان أولى ليشمل البائع، والمشتري وليخرج اشتراط أحدهما للآخر، فإنّ قوله لغيره صادق بالبائع.

وليس بمراد كما في البحر وفي النوازل لو شرط الخيار لجيرانه إنّ عد أسماءهم جاز وإلا فلا **(وأيهما)** أي أي من المشتري والغير أو البائع **(أجاز البيع أو فسخ)** البيع **(صح)** لأن كلاً منهما يملك التصرف أصالة أو نيابة **(وإن أجاز)** البيع واحد ممن شرط الخيار له من المتعاقدين والأجنبي **(وفسخ الآخر)** البيع **(اعتبر السابق)** رداً كان أو إجازة لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه أحد وتصرف الآخر بعده لغو **(وإن كانا)** أي اللفظان وهما الإجازة والفسخ **(معاً)** أي مجتمعين بأنْ أجاز واحد وفسخ الآخر وخرج الكلامان معاً **(فالفسخ)** أي فالمعتبر الفسخ في رواية لأنَّ الخيار شرع للفسخ فهو تصرف فيما شرع لأجله فكان أولىٰ كما في الاختيار وصححه قاضيخان وقال الزيلعي: وهو الأصح وبه جزم المصنف وكثير من المتون فكان هو المذهب وقيل يرجح تصرف العاقد نقضاً أو إجازة لأنَّ الصادر عن نيابة لا يصلح معارضاً للصادر عن أصالة.

وفي البحر لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما جاز **(ولو باع)** شخص **(عبدين)** مسميين بالقابل والمقبول على أنَّه **(بالخيار في أحدهما)** أي في أحد العبدين ثلاثة أيام **(فإنْ عينه)** أي عين محل الخيار بأن يقال: على أني بالخيار في القابل مثلاً **(وفصل ثمن كل)** واحد منهما بأن يقال: القابل بألف والمقبول بألف ومائة **(صح)** البيع لأن

. . . .

يملك ما لا يملكه المستنيب، كذا قاله البهنسي **(وأيهما)** أي النائب والمستنيب **(أجاز البيع أو فسخ صح)** ولو قال الآخر: لا أرضى بذلك ولم أر ما لو اشترطه المشتري للبائع هل يكون نائباً عنه أيضاً محل تردد كذا في النهر **(قلت)**: وعبارة البهنسي **(في)**. وتبعه الباقاني هكذا صح أنْ وافقه الآخر انتهى فتدبر وليراجع **(وإن أجاز واحد وفسخ الآخر اعتبر السابق)** لعدم المزاحم **(وإن كانا معاً)** بأن خرج الكلامان معاً كذا في السراج. قال في النهر: وهذا قد يعتبر، والظاهر أنه يكفي عدم السابق منهما **(فالفسخ)** أولاً في الأصح لأنَّ المجاز يفسخ والمفسوخ لا يجاز فرجح الفسخ لقوله: وإن تراضيا على فسخ طالفسخ وإعادة العقد بينهما جاز **(ولو باع)** أو اشترى **(عبدين)** قيمين والظاهر أنهما ليسا بقيد إذ لو كانا مثليين أو أحدهما مثلياً والآخر قيمياً وعين وفصل فالحكم كذلك فيما ينبغي.

كذا في النهر وقيد بالمبيع المتعدد لأنَّه لو اشترى كيلياً أو وزنياً أو عبداً واحداً على أنَّه بالخيار في نصفه جاز فصل الثمن أولاً لأنَّ النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت بلا فرق بين خيار بائع أو مشترٍ

صح وإلا فلا، ويجوز خيار التعيين وهو بيع أحد الشيئين أو ثلاثة على أن يأخذ المشتري أياً شاء ولا يجوز في أكثر من ثلاثة ويتقيد تخييره بمدة خيار الشرط على الاختلاف

الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فما لم يكن ذلك الداخل معلوماً وثمنه معلوماً لا يجوز، إذ جهالة المبيع والثمن مفسد للبيع ولن يكونا معلومين إلاَّ بالتفصيل والتعيين **(وإلا)** أي وإن لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار أو أن يفصله ولم يعينه أو أن لا يفصله ويعينه **(فلا)** يصح البيع لجهالة الثمن والمبيع أو أحدهما فهذه أربعة أنواع. وأما بيع عبد على أنَّه بالخيار في نصفه فجائز بلا تفصيل لأنَّ النصف من الواحد لا يتفاوت.

وكذا الحكم في بيع شيء من الكيلي أو الوزني بالخيار في نصفه لأنّ ثمن الكل إذا كان معلوماً يصير نصف الثمن معلوماً، والشيوع لا يمنع الصحة والجواز ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع، أو للمشتري كما في العيني **(ويجوز خيار التعيين)** للمشتري **(وهو بيع أحد الشيئين أو ثلاثة)** أشياء **(على أن يأخذ المشتري أياً شاء)** من الإثنين والثلاثة، والقياس الفساد لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي: وجه الإستحسان أنَّه في معنى شرط الخيار لاحتياج الناس إلى اختيار من يثق به أو أختيار من يشتريه لأجله، ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلاَّ في البيع، فكان في معنى ما ورد به الشرع، والجهالة لا توجب الفساد بعينها بل لإفضائها إلى المنازعة ولا منازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار **(ولا يجوز في أكثر من ثلاثة)** أشياء لعدم الحاجة إليها لاشتمال الثلاثة على الجيد والرديء والوسط فما فوقها باقٍ على القياس لأنَّ ثبوت الرخصة بالحاجة والحاجة تندفع بالثلاث وفي البحر يجوز خيار التعيين في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري **(ويتقيد تخييره بمدة خيار الشرط على الإختلاف)** بين الإمام وصاحبيه

. . . .

ذكره العيني تبعاً للزيلعي وقد قدمناه **(بالخيار)** ثلاثة أيام **(في أحدهما فإن عينه)** أي الذي فيه الخيار **(وفصل ثمن كل)** واحد من العبدين **(صح)** البيع للعلم بالمبيع والثمن **(وإلاَّ)** وأي وإن لم يعين ولم يفصل أو عين فقط **(فلا)** يصح لجهالة المبيع والثمن أو أحدهما فالمسألة رباعية، كذا لو كان الخيار للمشتري **(ويجوز خيار التعيين)** في القيميات لا في المثليات لعدم تفاوتهما كما في البدائع **(وهو بيع أحد الشيئين أو ثلاثة على أن يأخذ المشتري أياً شاء)** من الاثنين أو الثلاثة وجوزه الكرخي للبائع أيضاً استحساناً بأن يقول للمشتري اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطيني أحدهما. وفي شرح التلخيص والكافي هو الأصح **(قلت)**: ونصره في النهر على خلاف ما في الفتح وإن تبعه البهنسي وحينئذ فله أن يلزم المشتري أيهما شاء إلا إذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه المعيب إلاَّ برضاه فإن ألزمه إياه فلم يرض به ليس أن يلزمه الآخر بعد ذلك ولو هلك أحدهما في يده كان له أن يلزمه الباقي **(ولا يجوز)** خيار التعيين **(في أكثر من ثلاثة)** لاندفاع الحاجة بالثلاث لو جرد الجيد، والردي والوسط ولا يشترط أن يكون معه خيار الشرط على الصحيح وما وقع في الجامع الصغير قيد اتفاقي **(ويتقيد تخييره بمدة خيار الشرط على الاختلاف)** أي بثلاثة أيام عنده خلافاً لهما **(والمبيع)** في الصورتين **(واحد**

والمبيع واحد والباقي أمانة، فلو قبض الكل فهلك واحد أو تعيب لزم البيع فيه وتعين الباقي للأمانة وإن هلك الكل لزمه نصف ثمن كل أو ثلثه وليس له رد الكل إلاّ أن ضم إليه خيار الشرط ويورث خيار التعيين والعيب لا الشرط والرؤية ولو اشتريا على أنهما

يعني بثلاثة أيام عنده وعدة معلومة عندهما، ثم قيل: يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير، قال شمس الأئمة: هو الصحيح وقيل لا يشترط كما يشعر به كلام المصنف: وهو المذكور في الجامع الكبير والمبسوط قالوا: ووضعها في الجامع الصغير مع خيار الشرط إتفاق لا لأنه شرط قال فخر الإسلام: وهو الصحيح **(والمبيع واحد)** من الشيئين أو الثلاثة في هذه الصورة **(والباقي أمانة)** في يد المشتري ثم فرعه فقال: **(فلو قبض)** المشتري لأنَّه لم يقبضه بطل البيع **(الكل فهلك)** في يده **(واحد أو تعيب)** في يده واحد **(لزم البيع)** بالثمن **(فيه)** أيّ في الهالك أو المتعيب لامتناع الرد بالهلاك، أو بسبب العيب الذي حدث فيه عنده **(وتعين الباقي للأمانة)** في يده لأنَّ الداخل تحت العقد أحدهما والذي لم يدخل في العقد قبضه بإذن مالكه لا على سوم الشراء، ولا بطريق الوثيقة، وكان أمانة في يده فيرده **(وإن هلك الكل)** في يده **(لزمه)** أي المشتري **(نصف ثمن كل)** إن كانت شيئين **(أو ثلثه)** إن كان ثلاثة لشيوع البيع والأمانة مع عدم الأولوية.

ولا فرق بين أن يكون الثمن متفقاً أو مختلفاً، وكذا لو كان الهلاك على التعاقب ولم يدر الأول بخلاف ما إذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله أن يرد أحدهما لأنَّ المعيب محل لابتداء البيع.

وكذا التعيين بخلاف الهالك فإنَّه ليس محلاً لابتدائه فليس لتعيينه ولكن ليس له أن يردهما وإن كان فيه خيار الشرط لأنَّ العيب يمنع من الرد بخيار الشرط كما في المنح، **(وليس له)** أي المشتري بخيار التعيين **(رد الكل)** للزوم البيع في أحدهما **(إلاّ أن ضم إليه)** أي إلى خيار التعيين **(خيار الشرط)** فحينئذ له رد الكل في مدته لأنه أمين في أحدهما فيرد بحكم الأمانة وفي

....

والباقي واحداً كان أو اثنين **(أمانة)** لأنَّه مقبوض بإذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة **(فلو قبض الكل)** المشتري **(فهلك)** في يده **(واحد أو تعيب لزم البيع فيه)** أي الهالك أو المتعيب بالثمن لامتناع الرد **(وتعيين الباقي للأمانة)** ولو كان الهلاك قبل القبض أو التعيب فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه أو تركه ولو هلك الكل قبله بطل البيع **(وإن هلك الكل)** والقيمة متفقة أو مختلفة **(لزمه نصف ثمن كل)** واحد من الاثنين **(أو ثلثه)** في الثلاثة لشيوع البيع والأمانة مع عدم الأولوية سواء كان الثمن متفقاً أو مختلفاً كما في المنح.

وكذا لو كان الهلاك على التعاقب ولم يدر الأول ولو اختلفا فيه فالقول للمشتري: وإن برهنا فبينة البائع **(وليس له)** أي للمشتري بخيار التعيين **(رد الكل)** للزوم البيع في واحد **(إلاّ إنْ ضم إليه خيار**

بالخيار فرضي أحدهما لا يرد الآخر خلافاً لهما وعلى هذا خيار العيب والرؤية ولو

الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده وإذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد أحدهما **(ويورث خيار التعيين)** يعني لو مات من له خيار التعيين فللوارث رد أحدهما لأنّ المورث كان مخصوصاً بتعيين ملكه المخلوط برضىٰ صاحبه فكذا وارثه حيث انتقل الملك إليه مخلوطاً بملك الغير **(و)** يورث خيار **(العيب)** لأنَّ المورث استحق المبيع غير معيب، فكذا الوارث فله رده إن كان معيباً وهذا معنى الإرث فيهما فلا ينافي ما قيل أنهما لا يورثان أي بنفسهما كيف والإرث فيما يقبل الإنتقال **(لا)** يورث خيار **(الشرط و)** خيار **(الرؤية)** لأنَّهما يثبتان للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد.

وقال الشافعي: يورث خيار الشرط لأنَّ الوارث ورث الملك على وجه التواقت كما كان فله خيار الشرط والأنسب ذكر مسألة الإرث وعدمه في آخر الخيارات كما لا يخفىٰ تدبر **(ولو اشتريا)** أي الرجلان شيئاً **(على أنهما بالخيار فرضيَ أحدهما)** بالبيع بأنْ أسقط خياره **(لا يرد الآخر)** عند الإمام **(خلافاً لهما)** فإنهما قالا له أنْ يرده وهو قول الأئمة الثلاثة: لأنَّه لو لم يملك فسخه كان إلزاماً عليه لابرضاه وفيه إبطال لما ثبت من حقه لأنَّ كلاً من الإجارة والفسخ حقه. وله إن ردَّ أحدهما دون الآخر يوجب عيباً في المبيع لم يكن عند البائع أعني عيب الشركة، وخصه في البحر بما إذا كان بعد القبض.

أما قبله فليس له الرد يعني اتفاقاً، فإن قلت: بيعه منهما رضيً منه بعيب التبعيض قلت أجيب بأنَّه إن سلم فهو رضيً به في ملكهما لا في ملك نفسه كما في المنح قيد بالمشتريين لأنَّ البائع لو كان إثنين والمشتري واحداً وفي البيع خيار شرط أو عيب فرد المشتري نصيب أحدهما دون الآخر بحكم الخيار جاز إنفاقاً كما في شرح المجمع **(وعلى هذا)** الخلاف **(خيار العيب)** يعني لو اشترياه فرضيَ أحدهما بعيب فيه لا الآخر **(و)** خيار **(الرؤية)** يعني لو اشتريا شيئاً لم يرياه ثم رآه أحدهما ورضيَ لا الآخر قال: في المنح ويلزم البيع لو اشترى عبداً من رجلين صفقة واحدة على أنَّ الخيار للبائعين فرضيَ أحدهما دون الآخر فليس لأحدهما الإنفراد إجازةً أو رداً هذا عند الإمام.

. . . .

الشرط) فله الرد به إذا ضمه إلى خيار التعيين ما لم يسقط الشرط بمسقط، وفي الفتح: لو مضت مدة خيار الشرط ولم يعين انبرم البيع في واحد وعليه تعيينه ويتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت **(قلت)**: وأفاد في الحواشي السعدية أنَّه يجبر على التعيين بعد مضي الأيام الثلاثة قال: وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما إذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق **(ويورث خيار التعيين)** ضرورة اختلاط ملك الوارث بملك البائع إلاَّ أنه لا يملك الفسخ ولا يتأقت خياره بخلاف الوارث كما في العناية **(الإرث) (والعيب)** لأنَّه استحقه سليماً، فكذا وارثه لا أنه ورث خياره، كذا قالوا: إذا علمت هذا ظهر أنَّ خيار التغرير هو ما إذا أغر البائع المشتري أو بالعكس، ووقع البيع بينهما بغبن فاحش لا يورث

اشترى عبداً على أنَّه خباز أو كاتب فظهر بخلافه أخذه بكل الثمن أو ترك.

كما في الخانية (ولو اشترى عبداً على أنَّه خباز) وفي المعراج قوله: على أنَّه خباز أي عبد حرفته هذا لأنه لو فعل هذا الفعل أحياناً لا يسمىٰ خبازاً (أو كاتب فظهر) العبد (بخلافه) أي بخلاف ما ذكره بأن كان غير خبازاً أو غير كاتب (أخذه) أي المشتري (بكل الثمن) المسمى إن شاء لأنَّ الوصف لا يقابله شيء من الثمن كما إذا اشترى داراً أو أرضاً على أنَّ فيها كذا، وكذا بيتاً أو نخلة، فوجدها ناقصة جاز البيع وله الخيار (أو ترك) إن أمكن وهو قول الشافعي: لأنَّ هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط، ويثبت بفواته الخيار للمشتري لأنَّه لم يرضَ بالعبد دونه.

وهذا الاختلاف اختلاف نوع لا اختلاف جنس لقلة التفاوت فلا يفسد العقد بعدمه، بخلاف شرائه شاة على أنها حامل أو تحلب كذا رطلاً أو عبداً يكتب كذا، وكذا حيث يفسد البيع في ظاهر الرواية لأنَّ هذه شرط مجهول لا وصف مرغوب حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد لأنَّه يذكر على سبيل الوصف دون الشرط، كما إذا اشترى فرساً على أنَّه هملاج أو كلباً على أنَّه صيود، أو اشترى جارية على أنها ذات لبن وهو رواية عن الإمام وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد وعليه الفتوى، قيدنا بأن أمكن لأنَّه إن تعذر الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بالنقصان في ظاهر الرواية وهو الأصح، وفي المنح لو قال أحد المتبايعين شرطنا الخيار وأنكر الآخر فالقول قوله: كما في دعوى الأجل والمضي فإنَّ القول للمنكر: اشتري جارية بالخيار فزد غيرها بدلها قائلاً بأنها المشتراة فتنازع البائع والمشتري فقال البائع: غيرت والمبيعة ليست كذلك، وأنكر المشتري التغيير وليس للبائع بينة فالقول للمشتري: مع اليمين وجاز للبائع وطؤها ولو قال البائع عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسيَّ عندك فالقول للمشتري: ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البائع رده عليه.

. . . .

لأنَّه مجرد حق للبائع، أو للمشتري كما في خيار الشرط فتأمل كذا في المنح (قلت): وقد حررته فيما عقلته على التنوير، ولم أر في كلامهم حكم خيار النقد وينبغي أن يكون كالشرط كما في النهر (لا) يورث خيار (الشرط والرؤية) فليس للوارث رد المبيع بأحد الخيارين لأنَّ الخيار مشيئة وهي عرض فلا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبله (ولو اشتريا) شيئاً (على أنهما بالخيار فرضي أحدهما) بالبيع صريحاً أو دلالة (لا يرد الآخر) بل بطل خياره لما فيه من ضرر البائع بعوده معيباً بالشركة (خلافاً لهما) فله الرد عندهما وبه قالت الثلاثة (وعلى هذا) الخلاف (خيار العيب والرؤية) فليس لأحدهما الرد بعد رؤية الآخر، ورضاه بالعيب عنده خلافاً لهما (ولو اشترى عبداً على أنَّه خباز أو كاتب) أي حرفته كذلك (فظهر بخلافه أخذه) المشتري (بكل الثمن أو ترك) لأنَّ الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ما لم تكن مقصودة. (فروع): القول للمنكر: في الخيار كما في دعوى الأجل، والمضي اشترى جارية بالخيار

فصل

من اشترى ما لم يره جاز وله رده إذا رآه ما يبطله وإن رضي قبلها ولا خيار لمن باع ما لم يره ويبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط من تعييب في يده وتعيب وتعذر ردّ بعضه

فصــل

في خيار الرؤية (**من اشترى ما لم يره جاز**) أي صح البيع عندنا، وعند الشافعي في القول الجديد لا يصح وفي الكفاية الخلاف فيما إذا كان المبيع قائماً بين يديهما موجوداً كما إذا اشترى زيتاً في زق، أو براً في جوالق أو ثوباً في كم أو شيئاً مسمى موصوفاً، أو مشار إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم حتى لو لم يكن كذلك ولم يشر إليه أو إلى مكانه لا يصح البيع إتفاقاً، وموضع الخلاف في المبيع إذ لا خيار في الثمن الدين.

. . . .

فرد غيرها قائلاً بأنها المشتراة فقال: ليست كذلك فالقول للمشتري، مع يمينه. وجاز للبائع وطؤها ولو قال البائع: عند رده كان يحسن الكتابة لكنه نسي عندك فالقول للمشتري. ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه، وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البائع رده عليه، كذا في التنوير من الزيلعي لتغيره قبل القبض.

واعلم أنه ليس كل الأوصاف يصح العقد باشتراطها بل الضابط فيها أنَّ كل وصف لا غرر فيه فاشتراطه جائز لا ما فيه غرر إلاَّ أن يكون اشتراطه بمعنى البراء من وجوده بأنْ لم يكن مرغوباً فيه وعليه تفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب.

كذا ف سد البيع ولو شرط أنها حلوب أو لبون جاز واختلف في اشتراط حمل الجارية، والصحيح الجواز لأنَّ الحبل فيهن عيب فكان ذكره للبراءة منه، إلاَّ أن يكون في بلد يرغبون في شراء الجواري للأولاد فيفسد كما في الخانية، ولو قال: على أنها ذات لبن فالأكثر على الجواز، ولو اشترى قلنسوة على أنَّ حشوها قطن فإذا هو صوف فالصحيح الجواز ويرجع بالنقصان، وفي البدائع شرط أنها مغنية إنْ كان للتبري منه لا يفسد وإن للرغبة فسد وفي الخانية اشترى ثوباً على أنَّه مصبوغ بعصفر فإذا هو أبيض جاز وخير. وفي عكسه يفسد ولو اشترى صابوناً على أنَّه متخذ من كذا رطلاً من الزيت فظهر أنَّه متخذ من أقل من ذلك والمشتري ينظر إلى الصابون وقت الشراء أو قميصاً على أنَّه عشرة أذرع فإذا هو من تسعة ونحو ذلك جاز البيع ولا خيار للمشتري لأنَّ هذا مما يعرف بالعيار فإذا عاين انتفى الغرر.

فصــل

في خيار الرؤية من إضافة المسبب إلى السبب وما قيل من إضافة الشيء إلى شرطه غير ظاهر لأنَّ له الرد قبلها. قاله البهنسي: ويختص بأربعة مواضع: شراء الأعيان، والإجارة، والقسمة والصلح عن دعوى مال على عين فلا تكون في ديون كمسلم فيه ولا في أثمان خالصة بخلاف بيع إناء من أحد النقدين فإنَّ فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لأنَّ ما لا ينفسخ كمهر، وبدل خلع وصلح على قصاص كما في الفتح (**من اشترى ما لم يره**)

. . . .

وأما الثمن العين ففيه الخيار عندنا لأنَّه بمنزلة المبيع له إنَّ المبيع مجهول الوصف وجهالته تمنع الجواز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه»، وفي البحر وأراد بمال لم يره ما لم يره وقت العقد ولا قبله، والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من أفراد المعنى المجازي ليشمل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤية فوجده متغيراً وما اشتراه الأعمىٰ وفي القنية اشترىٰ ما يذاق فذاقه ليلاً ولم يره سقط خياره **(وله)** أي للمشتري **(رده)** أي الشيء الذي اشتراه ولم يره **(إذا رآه)** ما لم يوجد من المشتري **(ما يبطله)** أي الخيار، وفي البحر اختلفوا هل هو مطلق أو مؤقت فقيل مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعدها حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وإن لم توجد الإجازة صريحاً ولا دلالة، وقيل يثبت الخيار له مطلقاً فيكون له الفسخ في جميع عمره ما لم يسقط بالقول أو بفعل ما يدل على الرضىٰ وهو الصحيح لإطلاق النص والعبرة لعين النص لا لمعناه، **(وإن)** وصلية **(رضي قبلها)** أي له الرد إذا رآه وإن قال: قبل الرؤية رضيت لأنَّه خيار ثبت شرعاً فلا يسقط بإسقاطهما بخلاف خيار الشرط، والعيب وفي شرح المجمع ثم أن أجازه بالقول قبل الرؤية لا يزال خياره لأنَّه يثبت عند الرؤية فلا يبطل قبل وقتها وإنْ أجازه بالفعل بأن تصرف فيه يزول كما سيجيء، وأمّا الفسخ بالقول فجائز: قبل الرؤية لعدم لزوم العقد، لأن اللزوم يفيد تمام الرضىٰ وتمامه بالعلم بأوصاف مقصودة وهو غير حاصل قبل الرؤية، **(ولا خيار لمن باع ما لم يره)** لأنَّ النبي عليه الصلاة والسلام «أثبت الخيار في الشراء لا في ا لبيع»،

. . . .

وهي في ملك البائع **(جاز)** البيع وصف له البيع أولا وجده كما وصف له أولاً علم جنسه أولاً حاضراً كان أو لا.

واعلم أنَّ الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لم يجز بالإجماع كما في البحر والنهر عن المبسوط وغيره وبه جزم في الدرر والغرر وقيل الأصح الجواز. ذكره أخي زاده وقال في الحواشي السعدية في كون هذا شرط جواز البيع سيما بالإجماع كلام **(وله رده إذا رآه)** لحديث من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه.

والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت حقيقة الرؤية **(ما لم)** من أفراد المعنى المجازي ليشمل ما يعرف بالشم أو الذوق، فلو اشترى مسكاراه وما شمه فله الخيار عند شمه، وكذا ما يدرك بالدوق، وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده متغيراً لأنَّ تلك الرؤية غير معروفة للمقصود الآن **(ما لم يوجد)** من المشتري **(ما يبطله)** مما سيجيء **(وإن رضي قبلها)** بأن قال قبل الرؤية: رضيت بالبيع له الخيار بعدها ولا يتوقف بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله هو الأصح. **(قلت)**: والحيلة لمن أراد أنْ يبيع ضيعةً ولا يكون للمشتري خيار الرؤية أن يقر بثوب لإنسان ثم يبيع الثوب مع الضيعة، ثم المقر له يستحق الثوب المقر به فيبطل خيار المشتري لأنَّه اشترى شيئين صفقة واحدة، وقد استحق أحدهما فليس له أنْ يرد الباقي بخيار الرؤية لأنَّ فيه تفريق الصفقة كما في الولوالية **(ولا خيار لمن باع ما لم يره)**

وتصرف لا يفسخ كالإعتاق وتوابعه أو يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة قبل الرؤية وبعدها وما لا يوجب حقاً للغير كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلا تسليم يبطل بعدها لا قبلها وكفت رؤية وجه الرقيق والدابة وكفلها. وفي شاة اللحم لا بد من الجس وفي

ولفضاء جبير بن مطعم بمحضر من الأصحاب في الشراء، لا في البيع وهو قول الإمام آخراً رجع إليه وفي قوله الأول له الخيار اعتباراً بالمشتري كخيار العيب والشرط **(ويبطل)** من الأبطال **(خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط)** من صريح ودلالة وضرورة، فما يفعل للامتحان لا يبطلها إنْ لم يتكرر كما في أكثر المعتبرات لكن فيه كلام لأنَّه قيد يحتاج إلى التكرار إذا لم يعلم بالمرة الأولىٰ تدبر **(من تسبيب في يده وتعيب)** قبل الرؤية بعيب لا يرتفع كقطع اليد لأنَّه أخذه سليماً فيمتنع أنْ يرده معيباً **(وتعذر)** مصدر مضاف معطوف على قوله: تعيب **(ردّ بعضه)** بسبب هلاك بعضه لأنَّه لو رد بعضه الباقي لزم تفريق الصفقة **(وتصرف)** من المشتري **(لا يفسخ)** صفة تصرف **(كالإعتاق وتوابعه)** من التدبير والإستيلاد **(أو)** تصرف من المشتري **(يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق)** أي كالبيع بغير قيد الخيار **(والرهن والإجارة)** والهبة بتسليم **(قبل الرؤية وبعدها)** لأنَّ هذه الحقوق تمنع الفسخ فيلزم البيع ببطلان الخيار فمعنى البطلان قبل الرؤية خروجه عن صلاحية أن يثبت له الخيار عند الرؤية **(وما)** أي التصرف الذي **(لا يوجب حقاً للغير كالبيع بالخيار والمساومة)** أي العرض على البيع **(والهبة بلا تسليم يبطل)** خيار الرؤية **(بعدها)** أي بعد الرؤية **(لا قبلها)** لأنَّ هذه التصرفات لا تزيد على صريح الرضىٰ، فإنه لا يبطل قبلها بل بعدها وهنا لا يوجد إلاّ الدلالة على الرضى المجرد بخلاف الأفعال السابقة فإنَّ فيها توجد مع الرضىٰ حقوق زائدة فيبطل بعدها وقبلها، ثم أعلم أنَّ قوله يبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط غير منعكس فلا يقال: ما لا يبطل خيار الشرط لا يبطل خيار الرؤية لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية فإنَّه يبطل خيار الرؤية، والعيب لا الشرط وهلاك بعض المبيع لا يبطل خيار الشرط، والعيب ويبطل خيار الرؤية وأورد صاحب البحر على الكنز والهداية في هذا المحل فليطالع **(وكفت رؤية وجه الرقيق)** في سقوط الخيار سواء كان أمة أو عبداً لأنَّ المقصود في

. . . .

بأن ورث عيناً فباعها لا خيار له بالإجماع السكوتي **(ويبطل خيار الرؤية)** بعد ثبوته **(ما يبطل خيار الشرط من)** الرضى صريحاً أو **(تعيب في هذه وتعذر رد بعضه)** بهلاك أو استهلاك **(وتصرف لا يفسخ كالإعتاق وتوابعها أو يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق)** عن شرط الخيار للبائع **(والراهن، والإجارة)** والهبة مع التسليم **(قبل الرؤية وبعدها)** لتعذر الفسخ شرعا فيبطل الخيار **(وما لا يوجب حقاً للغير كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلا تسليم يبطل بعدها)** أي الرؤية **(لا قبلها)** لأنَّ الرضى صريحاً قبلها لا يبطل، فالدلالة أولى وبهذه الكلية اندفع إيراد الأخذ بالشفعة والعرض على البيع فإنَّ خيار الشرط يبطل بهما دون الرؤية، وقالوا: لو هلك بعض المبيع بطل خيار الرؤية دون الشرط والعيب، ذكره المحبوبي، يعني فيما إذا كان الخيار للبائع لما مر أنَّ تعيينه في يد المشتري يسقط خياره **(وكفت رؤية)** ما يوزن

شاة القنية لا بد من رؤية الضرع ورؤية ظاهر الثوب إن لم يكن معلماً كافية ورؤية علمه إنْ معلماً ورؤية داخل الدار وإنّ لم يشاهد بيوتها وعند زفر لا بد من مشاهدة البيوت

الرقيق وجهه لأنَّ سائر الأعضاء فيه تبع لوجهه لأنَّ القيمة فيه تتفاوت بتفاوته مع التساوي في سائر الأعضاء (و) رؤية وجه (**الدابة وكفلها**) أي لا يسقط الخيار برؤية وجهها حتى ينظر إلى كفلها لأنَّه موضع مقصود منه كالوجه، هو الصحيح كما في المحيط.

واكتفى محمد بالنظر إلى وجهها اعتباراً بالآدمي وشرط بعض العلماء رؤية القوائم وعن الإمام في البرذون والبغل والحمار يكفي أنْ يرى شيئاً منه إلاَّ الحافر والذنب والناصية، كما في البحر (**وفي شاة اللحم**) أي الشاة التي لحمها مقصود (**لا بد من الجنس**) وهو اللمس باليد لأنه يعرف به اللحم المقصود (**وفي شاة القنية**) هيَ التي تحبس لأجل النتاج (**لا بد من رؤية الضرع**) لأنَّه هو المقصود منها. وفي الجوهرة، ولو اشترى بقرة حلوباً فرأى كلها ولم ير ضرعها فله الخيار لأنَّ الضرع هو المقصود لكن في البحر لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها فليحفظ فإن في بعض العبارات ما يوهم الاقتصار على رؤية ضرعها، انتهى فعلى هذا لو قال: لا بد من رؤية الضرع مع جميع جسدها كما في الاختيار لكان أولى تدبر (**ورؤية ظاهر الثوب إن لم يكن معلماً كافية**) لأنَّ برؤية ظاهره يعلم حال البقية إذ لا تتفاوت أطراف الثوب الواحد إلا يسيراً (**ورؤية علمه**) كافية (**إنْ**) كان (**معلماً**) لأنَّ ماليته تتفاوت بحسب علمه أطلق في هذا، لكن في المحيط مقيد بما إذا كان مطوياً هذا إذا لم يخالف باطن الثوب ظاهره أما إذا اختلفا فلا بد من رؤية الباطن.

قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فما لم ير الباطن لا يسقط خياره لأنَّه ليس بمثلي فلا يعرف كله بدون نشره ولا بد منه وهو قول زفر: وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر: وهو المختار كما في أكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمصنف أن يذكر قول زفر ويرجحه تأمل

. . . .

بالمقصود كوجه الصبرة و (**وجه الرقيق و**) وجه (**الدابة**) التي تركب (**وكفلها**) أي مع كفلها هو الصحيح (**وفي شاة اللحم لا بد من الحبس وفي شاة القنية**) التي تحبس في البيوت لأجل النتاج (**لا بد من رؤية الضرع**) والبقرة الحلوب والناقة.

كذلك لو شرط في الظهيرية مع النظر إلى ضرعها سائر جسدها قال في البحر: فليحفظ فإنَّ بعض العبارات توهم الاقتصار على رؤية ضرعها. قال في النهر: وأقول: الظاهر أنَّه لو اقتصر على رؤية الضرع كفاء كما جزم به غير واحد، وعن الإمام في البرذون والحمار، والبغل يكفي أنْ يرى شيئاً منه إلاَّ الحافر والذنب والناصية.

كذا في المجتبى (**ورؤية ظاهر الثوب إن لم يكن معلماً كافية**) لأنَّ به تعرف البقية (و) كفت (**رؤية علمه إن**) كان (**معلماً**) قيل هذا في عرفهم، أما في عرفنا فما لم ير باطنه لا يسقط خياره وهو قول زفر،

وعليه الفتوى اليوم وإن رأى بعض المبيع فله الخيار إذا رأى باقيه وما يعرض بالنموذج

(ورؤية داخل الدار) كافية **(وإنْ)** وصلية **(لم يشاهد بيوتها)** عند أئمتنا الثلاثة **(وعند زفر لا بد من مشاهدة البيوت عليه)** أي على قول زفر: **(الفتوى اليوم)** قال: في التبيين وغيره وفي عامة الروايات إذا رأى صحن الدار أو خارجها يسقط خياره لكن هذا مبني على عادة أهل الكوفة في ذلك الزمان، فإنَّ دورهم كانت على نمط واحد لا تختلف وذلك يظهر برؤية خارجها، وأما في زماننا اليوم فلا بد من النظر إلى داخلها لتفاوت بيوتها ومرافقها، قال بعض مشايخنا: تعتبر رؤية ما هو المقصود في الدور حتى لو كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان فتشترط رؤية الكل مع رؤية الصحن، فلا تشترط رؤية المطبخ والمزبلة، والعلو إلاّ في بلد يكون مقصوداً وبعضهم اشترطوا رؤية الكل وهو الأظهر والأشبه كما قال الشافعي: وهو المعتبر في ديارنا وفي الخزانة إنَّ الفتوى في بيت الغلة على أنَّه تكفي رؤية خارجه لأنَّه غير متفاوت وتكفي في البستان رؤية خارجه ورؤوس أشجاره في ظاهر الرواية.

لكن في البحر قالوا: لا بد في البستان من رؤية ظاهره، وباطنه وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئاً، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض.

ولو اشترى دهناً في زجاجة ورؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند الإمام لأنَّه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل.

وكذا لو اشترى سمكاً في ماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء فرؤيته لا تكفي على الصحيح **(وإن رأى بعض المبيع فله الخيار إذا رأى باقيه)** لأنَّه لو لزمه يكون إلزاماً للبيع فيما لم يره، وإنّه خلاف النص.

....

ورجحه في المبسوط، وقالوا في البساط: لا بد من رؤية جميعه وفي الجبة يكتفي برؤية ظاهرها إلاّ إذا كانت البطانة مقصودة بأن كان لها فروٍ وخشن الوسائد برؤية ظاهرها إن كانت محشوة بما لا يخشى به مثلها. **(قلت)**: ومعنى هذه المسائل أنَّه لو رأى وجه الصبرة أو الرقيق أو ظاهر الثوب مطوياً قبل الشراء، ثم اشترى بعد ذلك، فلا خيار له لأنَّه بعد الشراء يسقط خياره بذلك كما توهم بعض الطلبة لما مرَّ أنَّ الأصح أنَّه غير مؤقت بل له الفسخ (إذا) في جميع عمره ما لم يسقطه بقول أو فعل يدل على الرضى فكيف يسقط بمجرد الرؤية كما حرره في النهر وسيجيء ما يرشد إليه (و) كفت **(رؤية داخل الدار وإن لم يشهد بيوتها، وعند زفر: لا بد من مشاهدة البيوت وعليه الفتوى اليوم)** كما في الجوهرة وغيرها، وهو اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان كما في النهر، ولا تكفي رؤية ظاهر البستان ولا الرؤية من ماء أو مرآة ولا بد من رؤية عين الكرم من كل نوع، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض، وفي الدهن في الزجاجة: لا بد أن يصبه في كفه عند الإمام، ولو اشترى سمكاً في ماء يمكن أخذه منه فرآه فيه لا يسقط خياره هو الصحيح. وفي دفوف المغازي لا بد من سماع صوتها **(قلت)**: وقد قيد بقاء هذا الخيار بأنْ لا يحدث بالبيع عيباً.

كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله وفيما يطعم لا بد من الذوق ونظر الوكيل بالشراء أو القبض كافٍ لا نظر الرسول وعندهما هو كالوكيل وبيع الأعمى وشراؤه

وكذا الإجازة في البعض لا يكون إجازة في الكل ولا تصح الإجازة في البعض وردَّ الباقي كما في الاختيار (**وما يعرض بالنموذج كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله**) وفي الاختيار والأصل إذا كان المبيع أشياء إنْ كان من العدديات المتفاوتة كالثياب، والدواب والبطيخ ونحوها لا يسقط الخيار إلا برؤية الكل لأنَّها تتفاوت وإن كان مكيلاً أو موزوناً وهو الذي يعرف بالنموذج أو معدوداً متقارباً كالجوز فرؤية بعضه يبطل الخيار في كله لأنَّ المقصود معرفة الصفة وقد حصلت، وعليه التعارف إلاّ أن يجده أردى من النموذج فيكون له الخيار، وإن كان المبيع مغيباً تحت الأرض كالبصل، والثوم بعد النبات إنْ عرف وجوده تحت الأرض جاز وإلاَّ فلا فإذا باعه، ثم قلع منه نموذجاً ورضي به فإنْ كان مما يباع كيلاً كالبصل أو وزناً كالبقل بطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به، وعند الإمام لا وإن كان مما يباع عدداً كالفجل فرؤية بعضه لا تسقط خياره لما تقدم (**وفيما يطعم لا بد من الذوق**) لأنَّه المعروف للمقصود وإن كان مما يشم فلا بد من شمه كالمسك وفي الولوالجية اشترى نافجة مسك فأخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية والعيب لأنَّ الإخراج يدخل عليه عيباً ظاهراً حتى لو لم يدخل كان له أنْ يرد بخيار العيب، والرؤية جميعاً كما في البحر (**ونظر الوكيل بالشراء أو القبض**) أي قبض المبيع (**كاف لا نظر الرسول**). وفي الدرر أعلم أن هنا وكيلاً بالشراء، ووكيلاً بالقبض ورسولاً، صورة التوكيل بالشراء أن يقول الموكل: كن وكيلاً عني بشراء كذا، أو صورة التوكيل بالقبض أن يقول: كن وكيلاً عنّي بقبض ما اشتريته وما رأيته، وصورة الرسالة أن يقول: كن رسولاً عني بقبضه فرؤية الوكيل الأول تسقط الخيار بالاجماع لأن حقوق العقد ترجع إليه ورؤية الوكيل الثاني تسقط عند الإمام إذا قبضه بالنظر إليه فحينئذ ليس له ولا للوكيل أن يرده إلا من عيب.

. . . .

ومن ثم قال في الولوالجية: اشترى نافجة مسك فأخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية، ولا بخيار العيب لأنَّ الإخراج يدخل عليه عيباً ظاهراً حتى لو لم يدخل كان له أنْ يرد بخيار العيب والرؤية جميعاً، ولو اشترى معيباً في أرض كجزر وبصل لم يذكر في ظاهر الرواية وتحقيقه في الفتح (**وإن رأى بعض المبيع**) ولم يكن يعرض بالنموذج كالثياب والدواب (**فله الخيار إذا رأى باقيه وما يعرض بالنموذج كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله**) إلا إذا كان الباقي أردى من المرئي، فإنْ كان فله الخيار (**وفيما يطعم لا بد من الذوق**) وفيما يشم لا بد من الشم (**ونظر الوكيل بالشراء أو القبض كافٍ لا نظر الرسول وعندهما هو**) أي الرسول (**كالوكيل**) وقالوا: الوكيل بالقبض كالرسول في مسائل، منها: أنَّه لا رجوع عليه بالثمن لو رد المبيع بعيب، وتصح كفالته بالثمن عن المشتري ولا يصح إبراؤه،

صحيح وله الخيار إذا اشترى ويسقط بجسه المبيع أو شمه أو ذوقه فيما يعرف بذلك

وأما إذا قبضه مستوراً، ثم رأه فأسقط الخيار، فإنّه لا يسقط لأنَّه إذا قبض مستوراً ينتهي التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك إسقاطه قصداً لصيرورته أجنبياً بل للموكل الخيار ورؤية الرسول لا تسقط الخيار بالإجماع، **(وعندهما)** وهو قول الأئمة الثلاثة: **(هو)** أي الرسول **(كالوكيل)** وفي الفرائد هذا سهو من قلم الناسخ والصواب أن يقال: وعندهما الوكيل بالقبض كالرسول في عدم إسقاط رؤية الخيار لأنَّ عدم اسقاط رؤية الرسول الخيار متفق عليه إنّما الخلاف في الوكيل بالقبض إذا قبضه ناظراً إليه فإنَّ رؤيته تسقط الخيار عند الإمام لأنَّ الوكيل بالقبض وكيل بإتمام العقد وتمامه بتمام الصفقة وتمامها بسقوط خيار الرؤية، فصار قبضه كقبض الموكل مع الرؤية بخلاف الرسول لأنَّه غير نائب عن المشتري وعندهما لا يسقط برؤية الوكيل بالقبض لأنَّه وكيل بالقبض لا بإسقاط الخيار فلا يملكه ما لم يصر وكيلاً وعبارة المصنف لا تقبل الإصلاح أصلاً ولا يمكن أن يدعي أنَّه من باب القلب على معنى أنَّ الوكيل بالقبض كالرسول وهو أظهر من أن يخفي فلا يصار إليه، انتهى هذا ظاهر، لكن يمكن أنْ يقال: وعندهما كالوكيل بالقبض عندهما أي هما سواء في عدم إسقاط رؤيتهما الخيار تأمل **(وبيع الأعمى وشراؤه صحيح)** وعند الشافعي في قول لا يصح لكن لا وجه له إذ يلزم أن يموت جوعاً لو لم يجد وكيلاً بشراء ما يطعم به **(وله)** أي للأعمى **(الخيار إذا اشترى)** لأنَّه اشترى ما لم يره، ومن اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رأى بالحديث كما في الهداية وفي العناية فيه نظر لأنَّ قوله عليه الصلاة والسلام: «ما لم يره سلب» وهو يقتضي تصور الإيجاب وهو إنما يكون في البصير، فالأولى أن يستدل بمعاملة الناس العميان من غير نكير فإنَّ ذلك أصل في الشرع بمنزلة الإجماع، انتهى لكن إنْ أراد بتصور الإيجاب وقوعه فغير لازم إذ غاية كون التقابل بينهما تقابل العدم والملكة ويكفي فيها إمكان الرؤية بأنْ يكون من شأنه وذلك يتحقق بالآدمية وإن لم يره دائماً فيندفع به النظر **(ويسقط بجسه)** أي بجس الأعمىٰ **(المبيع)** إن كان مما يعرف بالجس كالغنم مثلاً **(أو شمه)** إن كان مما يعرف بالشم كالمسك **(أو ذوقه)** إن كان مما يعرف بالذوق كالعسل **(فيما يعرف بذلك)** أي بالجس أو بالشم، أو بالذوق على سبيل البدل لأنَّ هذه تفيد

. . . .

وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به **(وبيع الأعمى وشراؤه)** ولو لغيره **(صحيح وله الخيار إذا اشترى، ويسقط بجسه المبيع أو شمه أو ذوقه فيما يعرف بذلك وبوصف العقار له)**، هذا كله إذا وجدت قبل شرائه، وأما بعده فلا يسقط خياره بل يثبت له الخيار بها ويمتد إلى أنْ يوجد منه ما يدل على الرضى من قول، أو فعل في الصحيح ذكره الزيلعي وصرح الحدادي بأن جميع ما لا يعرف بالجس والشم والذوق، كالعقار والعبد، والدابة والأشجار لا بد من وصفه، انتهى **(قلت)**: وحيث اكتفى في نحو العبد بالوصف فلا معنى لاشتراط الجس فتنبه **(ومن رأى أحد الثوبين)** أي القيمين **(فشراهما ثم رأى الآخر فله أخذهما، أو ردهما لا رد أحدهما)** للزوم تفرق الصفقة **(ومن رأى شيئاً)** قاصداً لشرائه كما في

وبوصف العقار له ومن رأى أحد الثوبين فشراهما ثم رأى الآخر معيباً فله أخذهما أو ردهما لا رد أحدهما ومن رأى شيئاً فوجده متغيراً تخير وإلا فلا وءن اختلفا في تغيره

العلم كالبصير فيقوم مقام الرؤية (وبوصف العقار له) أي للأعمىٰ، لأنَّه لا سبيل إلى معرفته إلاَّ به حتى يسقط خياره بعد ذلك.

وعن أبي يوسف أنَّه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان لو كان بصيراً لرآه وقال الحسن: يوكل وكيلاً لقضبه له وهو يراه وهو أشبه بقول الإمام وقال: بعض أئمة بلخ يسقط خياره بمس الخيطان، والأشجار مع الوصف وإنْ أبصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضىٰ فلا خيار له، لأنَّ العقد تم ولو اشترى البصير، ثم عمي قبل الرؤية انتقل إلى الوصف لوجود العجز قبل العلم هذا كله إذا وجدت المذكورات من الشم، والذوق والحبس ونحوها من الأعمىٰ قبل شرائه ولو وجدت بعده ثبت له الخيار بالمذكورات فيمتد الخيار ما لم يوجد منه ما يدل على الرضىٰ من قول أو فعل في الصحيح (ومن رأى أحد الثوبين فشراهما ثم رأى) الثوب (الآخر) فوجده (معيباً فله أخذهما أو ردهما) أي رد الثوبين إنْ شاء لأنَّ رؤية أحدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فيبقي الخيار فيما لم يره (لا رد أحدهما) أي لا رد المعيب وحده لئلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام على البائع لأنَّ الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده إنْ قبضه مستوراً ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضى فيكون فسخاً من الأصل (ومن رأى شيئاً) قاصداً لشرائه عند رؤيته عالماً بأنه مرئية وقت الشراء (ثم شراه) بعد زمان (فوجده متغيراً تخير) لأنَّ تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره (وإلاّ) أي وإنْ لم يتغير عن الصفة التي رآها عليها (فلا) يتخير لأنَّ العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية السابقة،

. . . .

البحر عن الظهيرية (قلت): وليحفظ هذا التقييد فإنَّه مفيد (ثم شراه) عالماً وقت الشراء بأنه مرئية السابق كما في الهداية (فوجده متغيراً تخير وإلاَّ فلا) خيار له لأنَّ العلم بأوصافه بالرؤية السابقة، فلم يتناوله الحديث (وإن اختلفا في تغيره فالقول للبائع) مع يمينه لو المدة قريبة ولو بعيدة فللمشتري بشهادة الظاهر. وفي الظهيرية: الشهر فما فوقه طويل، وما دونه قليل (قلت): وفي الفتح الشهر في مثل الدابة والمملوك قليل (وإن) كان اختلافهما (في الرؤية فللمشتري) يعني لو اشترى شيئاً فادعى البائع أنه رآه قبل الشراء ولا خيار له، وأنكر المشتري فالقول له مع يمينه، لأنَّه منكر (ومن اشترى عدل) متاع (زطي) ولم يره والزط جيل من الهند تنسب إليهم الثياب (فباع منه ثوباً) بعد القبض (أو وهب) منه ثوباً (وسلم فله أن يرده بعيب) وجده فيه (لا) أن يرده (بخيار رؤية أو شرط) لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأنَّ خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض. (فروع): لو عاد الثوب إليه بسبب هو فسخ فهو على خياره كما ذكره السرخسي، وعن أبي يوسف: لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري وصححه قاضيخان وهو الأوجه

فالقول للبائع وإن في الرؤية فللمشتري ومن اشترى عدل زطي فباع منه ثوباً أو وهب وسلم فله أن يرده بعيب لا بخيار رؤية أو شرط.

وقد رضيَ به ما دام على تلك الصفة وإنما قيدنا قاصداً لشرائه عند رؤيته لأنَّه لو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار لأنَّه إذا رأى لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التأمل فلم يقع معرفة كما في البحر، وإنما قيدنا عالماً بأنَّه مرئية وقت الشراء لأنَّه لو لم يعلم عند العقد أنَّه رآه من قبل فحينئذ ثبت له الخيار لعدم الرضىٰ به، كما في الهداية فعلى هذا إنَّ المصنف لو قيد بهذين القيدين كما في قيدنا لكان أولى تأمل **(وإن اختلفا في تغيره)** فقال المشتري: قد تغير وقال البائع: لم يتغير **(فالقول للبائع)** مع يمينه وعلى المشتري البينة لأنَّ التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر، هذا إذا كانت المدة قريبة أما إذا كانت بعيدة فالقول للمشتري، لأنَّ الظاهر شاهد له وفي البحر، ولا يصدق في دعوى التغير إلاّ بحجة إلاّ أنْ تطول والشهر طويل وما دونه قليل، وفي الفتح جعل الشهر قليلاً **(وإن)** اختلفا **(في الرؤية)** فقال البائع له: رأيت قبل الشراء وقال المشتري: ما رأيت أو قال له: رأيت بعد الشراء، ثم رضيت فقال: رضيت قبل الرؤية **(فللمشتري)** أي فالقول للمشتري مع يمينه، لأنَّ البائع يدعي أمراً عارضاً وهو العلم بالصفة والمشتري ينكره، فالقول له، وفي البحر لو أراد المشتري أن يرده فأنكر البائع كون المردود مبيعاً فالقول للمشتري.

وكذلك في خيار الشرط لأنّه انفسخ العقد برده وبقيَ ملك البائع في يده فيكون القول قول القابض في تعيين ملكه أميناً كان أو ضميناً كالمودع والغاصب، ولو اختلفا في الرد بالعيب فالقول للبائع. **(ومن اشترى عدل زطي)** ولم يره وقبضه والعدل المثل والزط جيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية **(فباع منه)** أي من العدل **(ثوباً أو وهب)** لآخر **(وسلم فله أنْ يرده)** أي للمشتري أنْ يرد ما بقيَ **(بعيب لا بخيار رؤية أو شرط)** لأنَّه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقيَ تفريق الصفقة قبل التمام لأنَّ خيار الرؤية والشرط يمتنعان تمامها بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض، وكلامنا فيه فإنْ عاد إليه ذلك أثوب بفسخ وهو على خياره لزوال المانع وهو تفريق الصفقة وعن أبي يوسف لا يعود بعد سقوطه لخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري وصححه قاضيخان.

. . . .

كما في الفتح **(قلت)**: وما بحثه في البحر من أنَّ الأول أوجه ليس بأوجه كما في النهر، وفيه عن المحيط اشترى عدل ثياب فلبس واحداً بطل خياره في الكل، وبه عرف أنَّ البيع والهبة ليسا بقيد، ولو اشترى شيئين ولم يقبضهما، ثم اطلع على عيب بأحدهما لا يرد المعيب وحده بخلاف ما إذا كان بعد قبضهما ولو باع المعيب في الأرض كالجزر بعدما ثبت أن علم وجوده جاز، وإلاَّ لا ولو قلع البائع أو المشتري بإذنه بعضه وكان مما يباع كيلاً أو وزناً ورضي به بطل خياره عندهما، وعليه الفتوى، وقيل: لا تكفي رؤية البعض ولو بغير إذنه فإنَّ المقلوع له ثمن بطل خياره والقلع على المشتري والظاهر أنَّه على البائع كما في الظهيرية وغيرها (كان).

فصل

مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع فلمن وجد في مشريه عيباً رده أو أخذه بكل ثمنه لا إمساكه ونقص ثمنه إلاّ برضى بايعه، وكل ما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب فالإباق

فصــل

في خيار العيب آخر خيار العيب لأنه يمنع اللزوم بعد التمام وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه (**مطلق البيع**) الإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى موصوفها والتقدير البيع المطلق من شرط البراءة من كل عيب (**يقتضي سلامة المبيع**) عن العيوب لأنَّ الأصل هو السلامة وهيَّ وصف مطلوب مرغوب عادة وعرفاً والمطلوب عادة كالشروط نصاً (**فلمن وجد في مشريه**) بفتح الميم وكسر الراء اسم مفعول من الشراء (**عيباً**) كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض أو رآه ولكن لم يعلم أنه عيب عند التجار فقبضه وعلم بذلك ينظر إنْ كان عيباً بيناً لا يخفىٰ على الناس كالعور، لم يكن له أنْ يرده وإن كان يخفى يرد (**رده**) مبتدأ مؤخر خبره قوله فلمن (**أو أخذه**) أي أخذ المشتري المبيع المعيب (**بكل ثمنه**) لأنَّه ما رضيَّ عند العقد إلاَّ بوصف السلامة بدلالة الحال فعند فواتها يتخير (**لا إمساكه ونقص ثمنه**) أي لا يخير بين إمساكه وبين أخذ نقصان الثمن لأنَّ الأوصاف لا يقابلها شيء من الأثمان (**إلاَّ برضى بايعه**) أي بإمساك المشتري المبيع المعيب ونقص ثمنه والمراد عيب كان عند البائع وقبضه المشتري من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضى به بعد العلم بالعيب (**وكل ما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب**) العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة

. . . .

فصــل

في خيار العيب هو لغة ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، وشرعاً ما ينقص القيمة في عرف أصله وكتمانه حرام بفسق وترد شهادته به في قول كما في البزازية (**مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع**) من العيب، فكانت كالمشروطة (**فلمن وجد في مشتريه عيباً رده أو أخذه بكل ثمنه لا إمساكه ونقص ثمنه إلا برضى بائعه**) أو أن يتعين كما لو كانا حلالين فأحرما، أو أحدهما ثم وجد به عيباً كما ذكروه في الحج، ومن هذا النوع ما في مهر فتح القدير: اشترى ذمي خمراً وقبضها وبها عيب، ثم أسلم، سقط خيار الرد. وفي المحيط: وصي، أو وكيل أو عبد مأذون اشترى شيئاً بألف وقيمته ثلاثة آلاف فليس له الرد بالعيب للإضرار باليتيم والموكل والمولى. قال في النهر: وينبغي الرجوع النقصان في المسألتين، وذكر في البزازية: أنه لا يرجع بالنقصان أيضاً في خمس مسائل. (**قلت**): واعلم أنَّه يتصور الرد بالعيب مع عدم الرجوع بالثمن على البائع كما لو باع عبداً وسلمه، ثم وكل وكيلاً بقبض الثمن فأقرَّ الوكيل بقبضه وهلاكه وجحد البائع الموكل بريء المشتري ولا ضمان على الوكيل، فإن وجد المشتري به عيباً رده ولا يرجع بالثمن على البائع لإقرار الوكيل، ولا على الوكيل لكونه أميناً وليس بعاقد ذكره في القنية، (**وكل ما أوجب نقصان الثمن عند التجار**) المراد بهم أرباب المعرفة بكل تجارة صنعة كما في

ولو إلى ما دون السفر من صغير يعقل عيب وكذا السرقة والبول في الفراش وهي في الكبير عيب آخر فلو أبق أو سرق أو بال في صغره ثم عاوده عند المشتري فيه رد به وإن عاوده عنده بعد البلوغ لا والجنون عيب مطلقاً فلو جن في صغره وعاوده عند المشتري فيه أو في كبره رد به

السليمة وذكر المصنف ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجمال فقال: وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، لأنَّ التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بإنتقاص القيمة، والمرجع في معرفته عرف أهله كما في العناية **(فالإباق)** كالكتاب لغة الإستخفاء وشرعاً إستخفاء العبد أو الجارية عن المولى تمرداً **(ولو)** وصلية **(إلى ما دون السفر من صغير يعقل)** هو يأكل ويشرب وحده **(عيب)** لفراره عن العمل لخبث في طبعه وفيه إشارة إلى أنّ إباق الصغير الذي لا يعقل ولا يميز ليس بعيب لأنَّه ضال لحبه اللعب لا آبق وفي القهستاني وليس بآباق لو فر من محلة إلى محلة أو قرية إلى بلد وإنّ العكس فآباق انتهى لكن الأشبه إن كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيباً كما في التبيين **(وكذا السرقة)** واللام للعهد أي سرقة صغير يعقل عيب وإن لم يكن عشرة دراهم وقيل دون درهم ليس بعيب وفي غير عاقل لا لأنها صادرة بلا فكر ولا فرق بين أن يسرق من مولاه أو غيره لكن سرقة المأكول من المولى للأكل ليست بعيب **(والبول في الفراش)** من صغير يعقل عيب لكن من داء وفي غير عاقل لا يعد عيباً لظهوره من ضعف المثانة، ولعدم التدارك **(وهي)** أي الآباق والسرقة والبول في الفراش **(في الكبير عيب آخر)** ثم فرعه بقوله **(فلو أبق أو سرق أو بال)** في الفراش **(في صغره)** عند البائع **(ثم عاوده)** أي عاود كل واحد منها **(عند المشتري فيه)**

. . . .

المنح **(فهو عيب)** شرعاً **(فالإباق)** وهو هروب العبد أو الجارية **(ولو إلى ما دون السفر)** ولو في البلدة إذا كانت كبيرة على الأشبه **(من صغير يعقل)** فلو لم يعقل لم يسم آبقاً بل ضالاً **(عيب)** إلاَّ إذا أبق من المشتري إلى البائع في البلدة، ولم يختف عنده فإنَّه ليس بعيب واختلف في الثور والأحسن أنَّه عيب كما بسط في القنية **(وكذا السرقة)** وإن لم توجب قطعاً إلاَّ إذا سرق شيئاً للأكل من المولى أو شيئاً يسيراً نحو الفلس والفلسين لا يكون عيباً بخلاف ما لو سرقه للبيع أو للإدخار أو للأكل من غير المولى **(قلت)**: وينبغي أنَّه لو سرق من المولى زيادة على ما يأكله عرفاً أن يكون عيباً كما في النهر، وفيه عن المحيط فإنْ قطع عند المشتري رجع بربع الثمن لأنَّ اليد قطعت بالسرقتين جميعاً **(والبول في الفراش)** وههنا مسألة عجيبة هي أنَّ من اشترى مميزاً فوجده يبول كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بنقصان العيب، فإذا رجع ثم كبر العبد هل للبائع أنْ يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ.

ينبغي أن يسترد كما بسط في الفتح عن الظهيرية **(وهي)** أي هذه الأشياء **(في الكبير عيب آخر)** غير الأول لأنَّ البول قبله لضعف في المثانة وبعده لداء في البطن والإباق قبله لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وبعده يكون لخبث في الباطن **(فلو أبق أو سرق أو بال في صغره ثم عاوده عند المشتري فيه)** أي

. . . .

أي في الصغر (رد به) أي رد المشتري بكل واحد منها على البائع إنْ شاء لكونها عيباً قديماً لاتحاد السبب وهنا مسألة عجيبة وهيَ أنّ من اشترى عبداً صغيراً فوجده يبول في الفراش وتعيب عنده بعيب آخر كان له أن يرجع بنقصان العيب، فلو رجع بنقصان العيب ثم كبر للبائع أن يسترد ما أعطى ثمن النقصان لزوال العيب بالبلوغ **(وإن)** أبق أو سرق أو بال عند البائع في صغره ثم **(عاوده عنده)** أي عند المشتري **(بعد البلوغ لا)** أي لا يرد به لأنَّ ما يعاود بعد البلوغ يكون عيباً آخر لاختلاف السبب **(والجنون)** المطبق وقيل أكثر من يوم وليلة وقيل من ساعة **(عيب)** في الغلام والجارية **(مطلقاً)** سواء كان في حال صغره أو كبره **(فلو جن في صغره)** عند البائع **(وعاوده عند المشتري فيه)** أي في صغره **(أو في كبره رد به)** لأنَّ الثاني عين الأول إذ معدن العقل هو القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع هذا الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن.

قيل يكفي في الرد جنونه عند البائع فقط لكن الصحيح أنه لم يرِد بدون المعاودة، وعليه الجمهور **(والبخر)** بفتحتين والخاء المعجمة نتن رائحة الفم، وفي البزازية نتن رائحة الأنف **(والذفر)** بفتحتين، والذال المعجمة شدة الريح طيبة أو خبيثة ومرادهم نتن الإبط وبالدال المهملة مصدر ذفر إذا خبث رائحته وبالسكون اسم منه كما في الطلبة وغيره.

ومن الظن أنَّ في المغرب مرادهم منه حدة الرائحة منتنة أو طيبة فإنّه قال أراد منه الصنان بضم المهملة وهو نتن الإبط على أنَّ عد الرائحة الطيبة من العيوب عيب لا يخفىٰ على عاقل

. . . .

في صغره **(رد به)** ما لم يبلغ لاتحاد السبب، وكذا إذا وجد عند البائع بعد البلوغ ثم عند المشتري أيضاً بعده يرده، **(وإن عاوده عنده)** أي المشتري **(بعد البلوغ لا)** يرده لزوال الأول بالبلوغ **(قلت)**: والحاصل أنَّ عند اتحاد الحالة يثبت حق الرد لا عند الاختلاف كما بسطه العيني وغيره **(والجنون عيب مطلقاً فلو جن في صغره وعاوده عند المشتري فيه)** أي في صخره **(أو في كبره رد به)** لاتحاد السبب فيهما، وهو فساد الباطن بخلاف الإباق، ونحوه ومقداره أنْ يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيباً به جزم الزيلعي. **(قلت)**: واعلم أنَّه لا بد من المعاودة عند المشتري بعد الوجود عند البائع، وإلاَّ فلا يرد إلاَّ في مسائل، الأولى: زناء الجارية، الثانية: التولد من الزناء، الثالثة: ولادة الجارية عند البائع أو غيره فإنها عيب يرد به على رواية كتاب المضاربة. وهو في الصحيح وعليه الفتوى لأنَّ الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبداً. وفي رواية كتاب البيوع: لا ترد. كذا في الفتح، وعندي أنَّ رواية البيوع أوجه لأنَّ الله قادر على إزالة الضعف الحاصل بالولادة، أيضاً ثم رأيت في البزازية عن النهاية الولادة ليست بعيب إلاَّ أنْ توجب نقصاناً، وعليه الفتوى، انتهى. وهذا هو الذي ينبغي أن يعول عليه. كذا في النهر. **(والبخر)** نتن الفم، يعني الناشيء من تغير المعدة لا الأسنان لأنَّه يزول بتنظيفها كما في الفتح **(والذفر)**: نتن الإبط. وكذا نتن ريح الأنف صرح في البزازية بأنَّه عيب. قال في النهر: والظاهر أنَّه

والبخر والذفر والزناء والتولد منه عيب في الجارية لاَ في الغلام إلاّ أن يكون من داء، والاستحاضة عيب وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة لا أقل ويعرف ذلك بقول الأمة فترد

كما في القهستاني (والزناء والتولد منه) أي من الزناء كل من هذه الأربعة (**عيب في الجارية**) لأنَّ ذلك يخل بالمقصود منها فالبخر والذفر يخل بالقرب للخدمة والزناء بالإستفراش والتولد من الزناء بطلب الولد (**لا في الغلام**) أي ليس هذه الأشياء عيباً في العبد لأنَّ المطلوب منه الاستخدام من بعد وهذه الأشياء لا تخل به (**إلاّ أن يكون**) البخر والذفر (**من داء**) وهو استثناء من مقدر تقديره أنّ المذكور لا يكون عيباً في الغلام كل الأحوال إلاَّ أن يكون البخر والذفر فاحشاً بحيث يمنع القرب من المولىٰ أو يكون الزناء عادة له بأن تكرر أكثر من مرتين، ولا يشترط المعاودة عند المشتري في الزناء كما في أكثر الكتب فعلى هذا لو قال: بعده أو يكون الزناء عادة له لكان أولى قيل: إنّ البخر عيب في الأمرد وهو الأصح كما في الخلاصة وفي العمادية لو كان الغلام يلاط به مجاناً فهو عيب وبالأجر ليس بعيب، وعند الأئمة الثلاثة إنَّ ما ذكر عيب في العبد أيضاً (**والاستحاضة عيب**) لأن استمرار الدم علامة الداء (**وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة لا أقل**) قيد بسبع عشرة، لأنَّه أقصى زمن البلوغ عند الإمام وعندهما خمس عشرة سنة لأنَّ الحيض هو الأصل في بنات آدم وهو دم صحة فإذا لم تحض فالظاهر أنَّه عن دائها ولذا قالوا: لا تسمع دعواه بإنقطاعه إلاّ إذا ذكر سببه من داء أو حبل لأنَّ ارتفاعه بدونها لا يعد عيباً، والمرجع في الحبل إلى قول النساء وفي الداء إلى قول طبيبين عدلين (**ويعرف ذلك**) أي المذكور من الاستحاضة، وعدم الحيض (**بقول الأمة**) لأنَّه لا يعرف غيرها ولكن لا يرد

....

يقال فيه: ذفر بالمعجمة ونتن الإبط بهما (**والزناء والتولد منه**) أي ولد الزناء هذه الأربعة (**عيب في الجارية لا في الغلام**) لأنَّه قد يراد منها الإستفراش، وهي مخلة به بخلاف الغلام، ولو أمرد في الأصح كما في الخلاصة لأنَّه للاستخدام (**إلاَّ أن يكون من داء**) أو يكون فاحشاً بحيث يمنع القرب من سيده (**من**) أن يكون الزناء عادة له بأن يتكرر منه الزناء أكثر من مرتين.

كذا في المنح عن البحر زاد في النهر عن الإيضاح إن كان بحيث ينقطع عن خدمة المولى يكون عيباً. وفي القنية اللواطة بالجارية عيب مطلقاً لأنَّه يفسد الفراش، وبالغلام إنْ مجاناً فكذلك لأنَّه دليل الابنة وإن بأجر فلا، وفيها اشترى حماراً تعلوه الحمر ويأتونه في دبره وقعت هذه ببخارى، فأجاب عبد الملك النسفي: إن طاوع فعيب وإلاَّ لا وقيل عيب كما في البزازية النخث نوعان: أحدهما بمعنى الردى من الأفعال وهو عيب، الثاني: الرعونة واللين في الصوت والتكسر في المشي، فإن قل لا يرد وإن كثر رده محمول في الأول على ما مر، انتهى كلام النهر. (**والاستحاضة عيب، وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة**) لأنَّه داء، ولأنَّه مخل بالنسل (**قلت**): ومعرفة عدم النسل في الذكر والأنثى أن يجعل شيء من الحلبة في إناء ويبول عليه ويترك مدة فإن خرج له صماخ ولد لهما وإلاَّ لا (**لا أقل**) عنده وخمسة عشر عندهما (**ويعرف ذلك بقول الأمة**) إذ لا يعرف غيرها (**فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل**

إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح . والكفر عيب فيهما وكذا الشيب والدين

بقولها (فترد) الأمة (إذا انضم إليه) أي إلى قول الأمة (نكول البائع قبل القبض وبعده) يعني إذا قالت الأمة ذلك وأنكره البائع يستحلف فإن نكل سواء كان قبل القبض أو بعده تردد عليه بنكوله في ظاهر الرواية و (هو الصحيح)، وعن أبي يوسف ترد بلا يمين البائع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضىٰ وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية: لا تقبل قول الأمة فيه ذكَره في الكافي، ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لم تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند الثاني، وأربعة أشهر وعشر عند الثالث من وقت الشراء وحاصله أنَّه إذا صحح دعواه سئل البائع فإن صدقه ردت عليه وإلاَّ لم يحلف عند الإمام كما سيأتي وإنَّ أقر به وأنكر كونه عنده حلف فإنْ نكل ردت عليه ولا تقبل البينة على أنَّ الإنقطاع كان عند البائع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة على الإستحاضة كما في البحر وغيره (والكفر عيب فيهما) أي في الغلام والجارية لعدم الإيتمان على المصالح الدينية، وعند الشافعي ليس بعيب ومن أغرب ما ذكره الزيلعي رواية عن الشافعي أنَّه لو اشتراه على أنَّه كافر فوجده مسلماً يرده حيث يكون الإسلام عيباً ولا يكون الكفر عيباً. (وكذا الشيب) بالشين المعجمة عيب، وكذا الشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر لأنه في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر فيصير عيباً على التقديرين، وكذا الصهوبة بضم المهملة حمرة الشعر إذا فحشت بحيث تضرب إلى البياض (والدين) لأنَّ ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى أطلقه فشم دين العبد والجارية.

وأما إذا كان مطالباً به للحال أو متأخراً إلى ما بعد العتق مأذوناً أو محجوراً وليس كذلك بل المراد الدين الذي يطالب به في الحال بسبب الأذن لا الدين المؤجل إلى العتق، ولا المحجور لأنَّ دينه لا يطالب إلاّ بعد العتق فلا يكون عيباً كما في البحر وغيره فعلى هذا لو قيده

. . . .

القبض وبعذه هو الصحيح) ولا تسمع في أقل من ثلاثة أشهر عند الثاني وأربعة أشهر وعشر عند الثالث وسنتان عند الإمام. (قلت): ولم يشترط قاضيخان لصحة دعوى الانقطاع أنْ يكون عن داء أو حبل ورجحه في الفتح (والكفر) بأقسامه (عيب فيهما) أي الجارية والغلام سواء كان المشتري مسلماً أو ذمياً كما صرح به في السراج. (قلت): وأقره في المنح وإنْ استقر به في البحر، وفيه ولم أر ما لو وجده خارجاً عن مذهب أهل السنة كالمعتزلي والرافضي، وينبغي أنْ يكون كالكافر لأنَّ السني ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضي وأنت خبير بأنَّ الرافضي الذي يسب الشيخين داخل في الكافر لأنَّه كفر بذلك. (وكذا الشيب) عيب فيهما (والدين) ولو متأخراً إلى ما بعد العتق لنقصان ولائه وميراثه خلافاً للشافعي كما في الفتح، وأقره الشر نبلاً لي، خلافاً لما ذكره مسكين عن الذخيرة، لكن اعتمد الباقاني ما نقله مسكين دون ما بحثه ابن الهمام فتنبه (والسعال القديم) وهو ما كان عن داء، أما المعتاد فلا كما في الفتح (والشعر والماء في العين) قيد فيهما لأنهما يضعفان البصر.

والسعال القديم والشعر والماء في العين. فإن ظهر عيب قديم عند المشتري آخر رجع

بهذين القيدين لكان أولىٰ، تأمل **(والسعال القديم)** يعرفه الأطباء وأما السعال الحادث فليس بعيب لأنَّه يزول **(والشعر والماء في العين)** لأنهما يضعفان البصر ويورثان العمىٰ ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب، ومنه السبل، وكثرة الدمع، والغرب في العين، والعشي وهو ضعف البصر بحيث لا يبصر في الليل، والعمش والشتر والحول والحوصْ وهو نوع من الحول، والجرب في العين وغيرها.

وقد ذكر المصنف أولاً ضابط العيب ثم ذكر عدداً من العيوب ولم يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد ما أطلعنا عليه في كلامهم تكثيراً للفوائد.

فمن العيوب المشتركة بين العبد والأمة الشلل، والشمم والصمم والخرس، والعرج والسن الساقطة والشاغية والسوداء والخضراء وفي الصفراء خلاف ووجعها والإصبع الوائدة والناقصة، والظفر الأسود المنقص للثمن، والعسر وهو العمل باليسار عجزاً والثؤلول والحال إنْ كانا قبيحين منقصين والكذب، والنميمة، وترك الصلاة وغيرها من الذنوب والنكاح والقمار بالنرد ونحوه، والأمراض والكي وتشنج في الأعضاء وكثرة الأكل.

وقيل في الجارية عيب لا في الغلام ولا شك أنَّه لا فرق إذا أفرط وعدم استمساك البول والحمق وغيرها. ومن المختصة بالعبد العته والخصي بخلاف ما لو وجد فحلاً إذا اشترى على أنَّه خصي والفتق والإدرة وعدم الختان إذا كان كبيراً والرعونة واللين في الصوت، والتكسر في

. . . .

وكذا كل مرض في العين ومنه السبل وكثرة الدمع والغرب وهو ورم في الماقي وربما سال منه شيء حتى جعله محمد في سيلانه من أرباب الأعذار والشتر وهو انقلاب في الأجفان والحوص بفتحتين وهو نوع من الحول والظفر وهو بياض يبدو في إنسان العين، والجرب والعشى وهو عدم الإبصار ليلاً كونه أجهر وهو من لا يبصر نهاراً ويكون أحد العينين زرقاً أو كحلاً والأخرى غير ذلك، وقطع الإصبع عيب والإصبعان والأصابع في الكف عيب واحد، والعسر: وهو من يعمل بيساره فقط إلاَّ أن يعمل باليمين أيضاً، كعمر بن الخطاب وقلة الأكل من الدواب والثآليل. وكذا الكي لو عن داء، وإلاَّ لا والحال عيب لو على الذقن أو الشفة لا الخد والكذب والنميمة وترك الصلاة، وفي القنية تركها في العبد لا يوجب الرد، وفيها لو ظهر أنَّ الدار مشؤومة ينبغي أنْ يتمكن من الرد لأنَّ الناس لا يرغبون فيها، ولو اشترى حماراً لا ينهق فهو عيب. وفي جامع الفضولين: لو كان مقامراً إنْ كان يعد عيباً كقمار نرد وشطرنج فعيب.

وكذا السحر عيب فيهما لما فيه من الضرر وشرب الخمر إلاَّ أنْ يكون على سبيل الكتمان، والعيوب كثيرة برأنا الله منها، **(فإن ظهر عيب قديم)** بعدما حدث **(عند المشتري آخر)** بفعله أو بفعل

بالنقصان كثوب شراه فقطعه فاطلع على عيب وليس له الرد إلاّ أن يرضي البائع بأخذه

المشي إنْ كثر فإنْ قل لا. ومحلوق اللحية أو منتوفها إذا اشترى أمرد والتخنث بالعمل القبيح وشرب الخمر.

ومن المختصة بالأمة الرتق والقرن، والعقل والحبل والمغنية وعدة رجعي، والولادة عند البائع أو قبله وثقب في الأذنين إنْ واسعاً ومحترقة الوجه لا يدري حسنها من قبحها بخلاف ما إذا كانت دميمة أو سوداء.

وفي البزازية وإن اشتراها على أنها جميلة ووجدها قبيحة ترد وكل عيب يمكن المشتري من إزالته بلا مشقة لا يرد به كإحرام الجارية، ومنها ما في الحيوانات من الحرون والحزن والجمح والفذع والصكك والفحج والمشش والدخس، وخلع الرأس واللجام والصدف والشدق، والعثر والعزل وقلة الأكل ومص لبنها جميعاً وعدم الحلب إنْ كانت مثلها تشتري للحلب وإنْ للحم لا.

وما يمنع التضحية في المضحي ومما في غيرها الهشم والحرق والعفونة، وكون الحنطة مسوسة وضيق أحد الخفين لا كلاهما والنقب الكبير في الجدار وكثرة بيوت النمل في الكرم، أو كان فيه ممر الغير أو مسيل الغير والنز والسبخ.

وكون الآية ساقطة أو الخطأ في المصحف وعدم مسيل في الدار وعدم الشرب في الأرض أو مرتفعه لا تسقي ونجاسة ما ينقصه الغسل.

وذكر قاضيخان أنَّ فوات المشروط بمنزلة العيب (**فإن ظهر عيب قديم**) أي كائن عند البائع بعدما حدث (عند المشتري) أي عيب (**آخر رجع بالنقصان**) لأنَّ تعذر الرد بسبب العيب

. . . .

أجنبي أو بآفة سماوية، وإن بفعل البائع فلو بعد القبض امتنع رده ووجب الأرش على الجاني ورجع بحصة العيب في الثمن، ولو قبله بفعل البائع أو غيره يرده بكل الثمن أو يأخذه وجد به عيباً أو لا وتمامه في البحر. (قلت): ومن الحوادث ما لو اشترى ماله حمل أو مؤنة في بلد ليس له الرد جبراً إلا في بلد العقد.

ولو برهن البائع على حدوثه، والمشتري على قدمه فالقول للبائع والبينة للمشتري، كما في شرح قاضيخان (رجع بالنقصان) بأن يقوم اثنان بلا عيب، ثم مع العيب وينظر في التفاوت فإنْ كان عشر القيمة مثلاً رجع بعشر الثمن، ولو زال الحادث كان له رد المبيع مع النقصان على الراجح (**قلت**): ويستثنى من الرجوع ما لو باعه تولية كما ذكره الزيلعي والمسلم فيه كما سيجيء لئلا يكون اعتياضاً عن الجودة فيكون ربا. وقالوا: لو اشترى المكاتب أباه أو ابنه، ثم اطلع على عيب لا يرده ولا يرجع بالنقصان (**كثوب شراه فقطعه فاطلع على عيب و**) حينئذ (**ليس له الرد إلاَّ أنْ يرضى البائع بأخذه كذلك**)

كذلك فله ذلك حتى لو باعه المشتري سقط رجوعه فإن خاط الثوب أو صبغه أجر أولت السويق بسمن ثم ظهر عيبه رجع بنقصانه وليس لبائعه أنْ يأخذه حتى لو باعه بعد رؤية عيبه لا يسقط الرجوع ولو أعتق بلا مال أو دبر أو استولد ثم ظهر العيب رجع. وكذا إن

الحادث، وطريق معرفته أنْ يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فإذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن (**كثوب شراه فقطعه**) أي الثوب (**فاطلع**) المشتري (**على عيب وليس له الرد**) بل يرجع بالنقصان كما بيناه آنفاً (**إلاَّ أنْ يرضى البائع**) استثناه من المسألتين جميعاً (**بأخذه كذلك**) أي معيباً أو مقطوعاً (**فله**) أي للبائع (**ذلك**) أي الأخذ لأنَّ الإمتناع لحقه فأسقط حقه بالرضىٰ (**حتى لو باعه المشتري**) بعد ما حدث عيب آخر (**سقط رجوعه**) بالنقصان لأنَّه صار حابساً له بالبيع إذ الرد غير ممتنع بالقطع برضىٰ البائع فكان فوتاً للرد بخلاف ما إذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لأنّه لم يصر حابساً له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالبيع، وبعد امتناع الرد لا تأثير له (**فإن خاط**) المشتري بعدما قطع (**الثوب أو صبغه أحمر**) قيد به لتكون الزيادة في المبيع ثابتة إتفاقاً لأنَّه لو صبغه أسود يكون نقصاناً عنده كالقطع وقالا: يكون زيادة (**أولت السويق بسمن**) أي لو كان المبيع سويقاً فخلطه بسمن (**ثم ظهر عيبه رجع**) على البائع (**بنقصانه**) لتعذر الرد بسبب الزيادة، وحاصله أنَّ الزيادة نوعان متصلة، وهي قسمان متولدة عن الأصل كالجمال حيث لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير متولدة منه كالصبغ فإنّه يمنع. ومنفصلة وهيَّ أيضاً نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر فإنَّه يمنع الرد إذا حدث بعد القبض، وأمَّا إذا حدث قبل القبض فلا وغير متولدة منه فإنَّه لا يمنع الرد بالعيب، والفسخ فإذا فسخ تسلم الزيادة للمشتري (**وليس لبائعه أنْ يأخذه**) قطعاً لحق الشرع وإنْ رضيَّ به المشتري لوجود الربا (**حتى لو باعه**) أي المشتري الثوب المخيط أو المصبوغ بالحمرة أو السويق الملتوت بالسمن (**بعد رؤية عيبه لا يسقط الرجوع**) لأنَّ الرد ممتنع

....

أي مقطوعاً فله ذلك لرضاه به (**حتى لو باعه المشتري**) كله أو بعضه (**سقط رجوعه**) بنقصانه (**فإن خاط الثوب أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن، ثم ظهر عيب رجع بنقصانه**) لتعذر الرد (**وليس لبائعه أنْ يأخذه**) لامتناع الرد بسبب الزيادة لحق الشرع الشريف لحصول الربا حتى لو تراضيا على الرد لا يقضي القضي به كما ذكره منلا خسرو وابن الكمال، وذا بلا خلاف. (**قلت**): وفيه أنَّ حرمة الربا بالقدر، والجنس وهما مفقودان ههنا.

فتأمل ذكره الواني (**حتى لو باعه**) أي ما امتنع رده (**بعد رؤية عيبه لا يسقط الرجوع**) لتعذر الرد بالزيادة بخلاف الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والجمال فلا يمنع أخذه على الظاهر، (**قلت**): فالزيادة المتصلة نوعان: متولدة كالجمال، فلا تمنع وغير متولدة منه كالصبغ فتمنع، والمنفصلة نوعان: متولدة كالولد والثمرة والأرش فقبل القبض لا يمنع وبعده يمنع، فرجع بالنقصان وغير متولدة منه كالكسب والغلة والهبة فلا يمنه، فإذا فسخ سلمت الزيادة للمشتري مجاناً.

(**ولو أعتق**) المشتري العبد (**بلا مال أو دبر أو استولد**) أو أوقف (**ثم ظهر العيب رجع**) بالنقصان

ظهر بعد موت المشتري وإن عتق على مال أو قتل لا يرجع بشيء، وكذا لو أكل الطعام

أصلاً قبله فلا يكون بالبيع حابساً للمبيع، وعن هذا إنَّ من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه، ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان بخلاف ما لو كان الود كبيراً لأنَّ التمليك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه وهذا معنى ما في الفوائد الظهيرية من أنَّ الأصل إنَّ كل موضع يكون المبيع قائماً على ملك المشتري ويمكنه الرد برضىٰ البائع، فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائماً على ملكه ولا يمكنه الرد وإنْ قبله البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان كما في البحر، **(ولو أعتق)** المشتري المبيع **(بلا مال أو دبر أو استولد)** قبل العلم بالعيب لأنَّه بعد العلم لا يرجع **(ثم ظهر العيب رجع)** بنقصان العيب.

أما الإعتاق فالقياس فيه أنْ لا يرجع وهو قول زفر: لأنَّ امتناع الرد بفعله فصار كالقتل، وفي الاستحسان يرجع وهو قول الشافعي: وأحمد لأنَّ العتق انتهاء الملك لأنَّ الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك وإنما يثبت الملك فيه على خلاف الأصل مؤقتاً إلى الإعتاق فكان انتهاء كالموت، وهذا لأنَّ الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باقٍ والرد متعذر، ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والإستيلاد بمنزلته لأنَّهما وإنْ كانا لا يزيلان الملك إلاّ أنَّ المحل بهما يخرج عن أن يكون قابلاً للنقل من ملك إلى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك فيرجع بالنقصان لأنَّه استحق المبيع بوصف السلامة، وصار كما لو تعيب عنده **(وكذا)** أي يرجع بنقصان العيب **(إن ظهر)** عيب قديم **(بعد موت المشتري)** لأنَّ الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله **(وإن عتق)** المبيع **(على مال أو قتل لا يرجع بشيء)** لأنَّه حبس بدله في الإعتاق على مال وحبس البدل كحبس المبدل، وعن الإمام وهو قول أبي يوسف والشافعي: أنَّه يرجع لأنَّ البدل والمبدل ملكه فصار كالإعتاق مجاناً والكتابة كالإعتاق على مال لحصول العوض فيها.

وأما القتل فلأنَّه لا يوجد إلاَّ مضموناً وإنما يسقط هنا باعتبار الملك إنْ لم يكن مديوناً فإنْ كان مديوناً ضمنه السيد فصار كالمستفيد به عوضاً بخلاف الإعتاق لأنَّه لا يوجب الضمان، لا محالة هذا ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنَّه يرجع لأنَّ المقتول ميت بأجله فكأنه مات حتف

. . . .

استحساناً عندهما وعليه الفتوى كما في البحر، وعنهما يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى كما في القهستاني والاختيار، وهذا لو الطعام في إناء وإلاَّ فكشيئين اتفاقا فيرد ما في وعاء آخر بلا خلاف، **(قلت)**: فعلى ما في القهستاني والاختيار يكون الفتوى على القياس كما لا يخفى فليحفظ **(وكذا)** رجع بالنقصان **(إن ظهر)** له عيب **(بعد موت)** العبد **(المشتري)** حتى لو باعه فمات عند المشتري الثاني فظهر للثاني عيب قديم رجع على بائعه بنقصانه، ولا يرجع بائعه على بائعه الأول خلافاً لهما كما في البرجندي عن الخلاصة **(و)** أما **(إن أعتق على مال، أو قتل)** فإنَّه **(لا يرجع بشيء)** لامتناع الرد بفعله **(وكذا لو أكل الطعام كله أو بعضه أو لبس الثوب فتخرق)** أي من لبسه **(لا يرجع)** بشيء عنده وهو

كله أو بعضه أو لبس الثوب فتخزق لا يرجع خلافاً لهما. وإن شرى بيضاً أو جوزاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً فكسره فوجده فاسداً فإن كان ينتفع به رجع بنقصانه وإلا فبكل ثمنه ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل كالواحد والإثنين في المائة صح البيع وإلاً فسد

أنفه، **(وكذا)** لا يرجع بالنقصان **(لو أكل الطعام كله أو بعضه)** حال كونه في وعاء واحدٍ فإن كان في وعاءين فأكل ما في أحدهما أو باع ثم علم بعيب كان بكل ذلك، فله رد الباقي بحصته من الثمن كما في الحقائق **(أو لبس الثوب فتخزق)** ثم اطلع على عيب **(لا يرجع)** بالنقصان عند الإمام **(خلافاً لهما)** فإنَّه يرجع بالنقصان عندهما وفي المنح.

ثم قال أبو يوسف: يرد ما بقيَّ إنْ رضيَّ البائع لأنَّ استحقاق الرد في بعض دون الكل فيتوقف على رضاه، وقال محمد يرد الباقي مطلقاً لأنَّ رده ممكن حيث لا يضره التبعيض ورجح بالنقصان فيما أكله لتعذر رده، وعند الإمام لا يرجع بشيءٍ.

وقد اعتمده صاحب الكنز وغيره قال في النهاية، وقالا: يرجع استحساناً في الأكل.

ثم قال: وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخزق وعنهما يرد ما بقيَّ ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى، وفي البحر إنَّ الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان كما في الخلاصة. وفي المجتبى لو أكل بعض الطعام يرجع بنقصان غيبه ويرد ما بقيَّ عند محمد، وبه يفتي وإن باعه نصفه لا يرجع بنقصانه ويرد ما بقيَّ عنده وبه يفتي أيضاً ولو اشترى طعاماً فأطعمه ابنه أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع وإنْ أطعم عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لأنَّ ملكه باقٍ ولو اشترى سمناً ذائباً وأكله، ثم أقر البائع أنَّه كانْ وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتي كما في البحر وفي القنية، ولو كان غزلاً فنسجه، أو فيلقاً فجعله ابرسيماً ثم ظفر إنَّه كان رطباً وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما إذا باع **(وإن شرى بيضاً أو جوزاً أو بطيخاً أو قثاءً أو خياراً فكسره)** قيد به لأنه لو اطلع قبل كسره فإنه يرده **(فوجده فاسداً)** بأنْ كان منتناً أو مراً **(فإن كان ينتفع به)** في الجملة بأنْ صلح لأكل بعض الناس أو الدواب **(رجع بنقصانه)** دفعاً للضرر بقدر الإمكان ولا يرده لأنَّ الكسر عيب حادث إلاَّ أنَّه يقبلها البائع مكسوراً

. . . .

الصحيح، كما لو تخرق لا من لبسه كما في القهستاني **(خلافاً لهما)** والأصل أنَّ كل موضع للبائع أخذه معيباً لا يرجع بإخراجه عن ملكه وألا يرجع كما في الاختيار، **(قلت)**: وفيه أيضاً الفتوى على قولهما في الأكل وأقره القهستاني، فكذا لو شرى بعيراً وأدخله داره فسقط فذبحه رجل بأمر مشتريه، فظهر عيبه رجع بنقصه خلافاً له. **(وإن شرى بيضاً أو جوزاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً فكسره فوجده فاسداً فإنْ كان ينتفع به)** ولو علفاً للدواب **(رجع بنقصانه)** إنْ لم يتناول منه شيئاً بعد علمه بعيبه ولم يرض البائع به ولو علم بعيبه قبل كسره فله رده **(وإلاّ)** ينتفع به أصلا **(فبكل ثمنه)** لبطلان البيع **(ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل كالواحد والاثنين في المائة صح البيع)** استحساناً **(وإلاّ)** بأن كان الفاسد كثيراً **(فسد)** في الكل عنده **(ورجع بكل ثمنه)** وقالا: رجع بحصته، واختاره السرخسي. وفي الواقعات وغيرها: أنه

ورجع بكل ثمنه ومن باع ما شراه فرد عليه بعيب بقضاء بإقرار أو نكول أو بينة رده على بائعه ولو قبله برضاه لا يرد عليه ومن قبض ما شراه ثم ادعىٰ عيباً لا يجوز على دفع ثمنه

ويرد الثمن. وقال الشافعي: يرده **(وإلا)** أي وإنْ لم ينتفع به أصلاً **(فبكل ثمنه)** أي يرجع بجميع الثمن لأنَّه ليس بمال، فكان البيع باطلاً ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأنَّ ماليته باعتبار اللب بخلاف بيض النعامة إذا وجده فاسداً بعد الكسر فإنَّه يرجع بالنقصان لأنَّ ماليته باعتبار القشر **(ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل كالواحد والإثنين في المائة صح البيع)** استحساناً لعدم خلوه عادة ولا خيار له كالتراب في الحنطة إلاّ أنْ يعده الناس عيباً فله الرد، **(وإلاّ)** أي وإنْ لم يكن قليلاً بل كثيراً **(فسد)** البيع في الكل **(ورجع بكل ثمنه)** عند الإمام لجمعه في العقد بين ما له قيمة، وما لا قيمة له، وعندهما يجوز في حصة الصحيح منه وقيل يفسد العقد في الكل إجماعاً ولو قال المصنف فوجده معيباً مكان فاسداً لكان أولى لأنَّ من عيب الجوز قلة لبه وسواده تدبر.

وفي الفتح لو اشترىٰ دقيقاً فخبزه بعضه وظهر أنَّه مر رد ما بقيَّ، ورجعه بنقصان ما خبز وفي البحر اشترى عدداً من البطيخ أو الرمان أو السفرجل فكسر واحداً واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن لا غير ولا يرد الباقي، إلاّ أن يبرهن أنَّ الباقي فاسد ولو وجد في المسك رصاصاً ميزه ورده بحصة قل أو كثر **(ومن باع ما شراه)** بآخر **(فرد عليه)** أي بائع ما شراه **(بعيب)** أو بسبب عيب **(بقضاء)** بعد قبضه **(بإقرار)** ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة كما في الهداية، وإنما أول بهذا لأنَّه لو لم ينكر الإقرار لا يحتاج إلى القضاء بل يرد عليه بإقراره بعيب فإذا رد به بلا قضاء لا يرد على بائعه كما في أكثر الشروح، لكن لا حاجة إلى هذا التأويل لأنَّه لا يمكن أن ينكر إقراره مع أنَّه لا يرضى بالرد، فيرد بالقضاء فلا يكون بيعاً لعدم الرضىٰ كما في التسهيل، **(أو نكول)** عن اليمين **(أو بينة رده على بائعه)** الأول لأنّه بالقضاء فسخ من الأصل فجعل البيع كأنْ لم يكن غاية الأمر أنَّه أنكر قيام العيب لكنَّه صار مكذباً شرعاً بالقضاء، كما في الهداية ومنهم من جعله قول أبي يوسف: وعند محمد ليس له أن يخاصم بائعه لتناقضه وغايته على أنَّه سبق منه جحود نصاً بأنْ قال: بعته وما به هذا العيب.

وإنما حدث عندك ثم رد عليه بقضاء ليس له أن يخاصم بائعه، ومنهم من حملها على ما إذا كان ساكتاً والبينة تجوز على الساكت ويستحلف الساكت أيضاً لتنزيله منزلة منكر كما في البحر، **(ولو قبله برضاه لا يرد عليه)**، أي على بائعه الأول.

. . . .

المختار. وفي المجتني لو كان سمناً ذائباً فأكله ثم أقر بائعه بوقوع فأرة فيه رجع بنقصان العيب عندهما وبه يفتي. **(قلت)**: وعليه فيترجح القياس فتأمل. **(فروع)**: شرى شاة فوجدها مقطوعة الأذن إن للأضحية له ردها ولو اختلفا، فإنَّ في زمان الأضحية فالقول للمشتري لو من أهلها، ولو شرى كرماً

بل يبرهن أو يحلف بائعه فإنْ قال شهودي غيب دفع إنْ حلف بائعه ولزم العيب إن نكل ومن ادعى أباق مشريه يبرهن أولاً أنّه أبق عنده ثم يحلف بائعه بالله لقد باعه، وسلمه وما

وقيل في عيب لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة يرد للتيقن به عند البائع الأول والأصح أنّه لا يرد عليه في الكل كما في الرمز، هذا إذا كان الرد بعد القبض أما قبله فله أنْ يرده على بائعه الأول وإنْ كان بالتراضي في غير العقار كما في المنح وغيره، **(ومن قبض ما شراه ثم ادعىٰ عيباً لا يجوز)** المشتري **(على دفع ثمنه)** إلى البائع لاحتمال أنْ يكون صادقاً في دعواه **(بل يبرهن)** المشتري أنْ يقيم البينة لإثبات العيب، بأنّه وجد بالبيع عند المشتري لأنَّه إنْ لم يوجد عنده ليس له أن يرده وإنْ كان عند البائع لاحتمال أنَّه زال، فإذا برهن أنَّه وجد عنده يحتاج أنْ يبرهن أيضاً إنَّ هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال أنَّه حدث عنده **(أو يحلف بائعه)** على قولهما لأنَّه إنْ أقرَّ به لزمه، فإذا أنكره يحلف، فإن حلف بريء، وإن نكل ثبت قيام العيب للحال، ثم يحلف ثانياً على أنَّ هذا العيب لم يكن فيه عنده فإنْ حلف بريء وإنْ نكل فسخ القاضي العقد بينهما، **(فإنْ قال)** الظاهر بالواو **(شهودي غيب)** جمع غائب **(دفع)** الثمن **(إنْ حلف بائعه)** لأنَّ في الانتظار ضرراً بالبائع، وليس فيه كثير ضرر على المشتري لأنَّه متى أقام البينة ردَّ عليه المبيع، وأخذ ثمنه **(ولزم العيب إن نكل)** البائع لأنَّ النكول حجة فيه بخلاف الحدود، وفي عبارة الهداي هنا كلام فليراجع شروحها، **(ومن ادعى)** أي المشتري **(أباق مشريه)** أي أباق الرقيق الذي اشتراه فأنكر البائع **(يبرهن)** المشتري **(أولاً أنَّه)** أي الرقيق **(أبق عنده)** يعني لا تسمع دعوىٰ المشتري هذه حتى يثبت وجود العيب عنده، فإن أقام بينة أنَّه أبق عنده تسمع دعواه بعد ذلك، **(ثم يحلف بائعه)** على البتات مع أنَّه فعل الغير ويقال: في كيفية التحليف **(بالله لقد**

. . . .

فوجد فيه بيوت النمل إنْ كثيراً له رده كما لو شرى جبة فوجد فيها فأرة ميتة، ولو شرى حنطة فوجد فيها تراباً إنْ كثيراً يعده الناس عيباً له ردها وليس له تمييز التراب، ورده بحصته فلو ميزه فإن لو خلطه أمكنه رد كلها بذلك الكيل فله ردها وإلاَّ بان انتقص بالتصفية رجع بنقصان العيب بخلاف ما لو شرى مسكاً فوجد فيها رصاصاً فله تمييز الرصاص ورده بحصته، قلَّ أو كثر لخلوه عن الرصاص وعدم خلوها عن التراب ولو وجد في الشحم المقدد ملحاً كثيراً فحكمه كالحنطة وتمامه: الظهيرية. **(ومن باع ما شراه فرده)** المشتري الثاني **(عليه بعيب بقضاء)** بعد قبضه **(بإقرار أو نكول أو بينة رده على بائعه)** لأنَّه فسخ **(ولو قبله برضاه)** بلا قضاء **(لا يرد عليه)** وإنْ لم يحدث مثله في الأصح لأنَّه إقالة **(ومن قبض ما شراه ثم ادعى عيباً لا يجبر)** المشتري **(على دفع ثمنه)** لبائعه **(ولكن)** الأمر لا يخلو من أخذ شيئين أما أنْ **(يبرهن)** المشتري لإثبات العيب **(أو يحلف بائعه)** على نفيه ويدفع الثمن إنْ لم يكن شهود، وتعبيره بلكن أولى عن التعبير بهل يجبر فتدبر **(فإن قال)** المشتري المذكور **(شهودي غيب دفع)** الثمن **(إنْ حلف بائعه)** ولو قال: احضرهم إلى ثلاثة أيام أجله ولو قال لا بينة لي فحلفه ثم أتى بها تقبل خلافاً لهما كما في الفتح. **(ولزم العيب إنْ نكل)** البائع الحلف لأنَّ النكول فيه حجة بخلاف الحدود، ولذا لم يحلف فيها.

أبق قط أو بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبقَ عندك قط لا بالله لقد باعه وما به هذا العيب أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وفي إباق الكبير يحلف بالله ما أبقَ منذ بلغ الرجال وعند عدم بينة المشتري على إباقه عنده يحلف البائع عندهما أنَّه ما يعلم أنَّه أبقَ عنده واختلفوا على قول الإمام فإنْ نكل على قولهما حلف ثانياً كما

باعه، وسلمه وما أبق قط)، وفي المنح هذا هو الأحوط انتهى لكن في هذا الوجه ترك النظر للبائع لأنَّ قوله: وما أبقَ قط شامل للإباق من الغاصب إذا لم يعلم منزل مولاه، أو لم يقدر على الرجوع إليه وليس بعيب **(أو بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي)** المشتري **(أو بالله أبق عندك قط)** كما في الكنز، لكن قال المتأخرون فيه ترك النظر للمشتري لأنَّه لا يتناول الإباق من المودع والمستأجر والمستعير والغاصب، لا إلى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع إليه أنَّه عيب **(لا)** يحلف بأنْ يقال **(بالله لقد باعه وما به هذا العيب)** لأنَّ العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وبه يتضرر المشتري، **(أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب)** إذْ يمكن أنْ يأول البائع كلامه ويريد إنَّ العيب لم يكن موجوداً عند البيع والتسليم معاً فيتضرر المشتري، **(وفي إباق الكبير)** إذا كانت الدعوى في إباق الكبير **(يحلف بالله ما أبقَ منذ بلغ الرجال)** لأنَّ الإباق في الصغر لا يوجب الرد وفي الدرر ينبغي أنْ يكون الحكم في البول في الفراش، والسرقة أيضاً كذلك لاشتراكها في العلة، وإليه أشار في غاية البيان بقوله: وذلك لأنَّ اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة، **(وعند عدم بينة المشتري على إباقه عنده)** أي المشتري **(يحلف البائع عندهما أنَّه ما يعلم أنَّه)** أي العبد **(أبقَ عنده)** أي المشتري لأنَّ الدعوى صحيحة حتى تترتب عليها البينة، فكذا اليمين **(واختلفوا على قول الإمام)** فقيل يحلف وقيل لا، وهو الأصح لأنَّ الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح إلاَّ من خصم ولا يصير خصماً فيه إلاَّ بعد قيام العيب **(فإنْ نكل)** البائع عن اليمين **(على قولهما)** ثبت إباقه عند المشتري و **(حلف**

. . . .

ذكره الزيلعي **(ومن ادعى إباق مشريه)** ونحوه مما يشترط لرده وجود العيب عند كليهما كبول، وسرقة وجنون بأن يقول المشتري: إنَّ الجنون كان في يد البائع، وقد وجد في يدي وزاد بعضهم كلاماً في الصغر أو الكبر فإنَّه ليس بعيب عند الاختلاف كما مر.

فيسأل القاضي ووقع عند المشتري فإنْ أنكر البائع **(يبرهن)** المشتري **(أولاً أنَّه أبق عنده)** أي عند نفسه، **(ثم)** بعد البرهان **(يحلف بائعه بالله لقد باعه، وسلمه وما أبق)** وما سرق وما جن **(قط)** أي على ما أظن، وقد ظن بعض الشارحين والمفتيين في زماننا باستعانة كلمة قط أنَّه يحلف أنَّه لم يبقَ في الأزمنة الماضية لا في يده ولا في يد بائع آخر ولا يخفى أنَّه حكم ليس له نظير بل قريب من تكليف ما لا يطاق كما حرره القهستاني. **(قلت)**: فليتنبه له فإنَّه مهم **(أو بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي، أو بالله ما أبق عندك قط لا بالله لقد باعه وما به هذا العيب أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب. وفي إباق الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال)** لاختلافه صغراً أو كبراً **(وعند عدم بينة**

مر. ولو قال بائعه: بعد التقابض بعتك هذا مع آخر وقال المشتري بل وحده فالقول له وكذا لو اتفقا في قدر المبيع واختلفا في المقبوض ولو اشترى عبدين صفقة وقبض أحدهما ووجد بالمقبوض أو بالآخر عيباً ردهما أو أخذهما ولا يرد المعيب وحده إلاّ أنْ ظهر العيب بعد قبضهما ولو وجد بعض الكيلي أو الوزني معيباً بعد القبض رد كله أو

ثانياً) للرد (كما مر) فإنَّ بنكوله ثبت العيب عند المشتري هذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف أهيَّ حادثة عند المشتري أم لا.

وأما العيوب التي لا يحدث مثلها كالإصبع الزائدة والناقصة والعمى فإنَّ القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع، إلاّ إذا ادعى البائع رضاه، وأثبته بطريقه **(ولو قال بائعه: بعد التقابض)** أي بعد قبض المشتري المبيع والبائع الثمن **(بعتك هذا مع آخر وقال المشتري)** لا **(بل)** بعت هذا **(وحده فالقول له)** أي للمشتري مع اليمين لأنَّ القول للقابض أميناً كان أو ضميناً كما في الوديعة والغصب **(وكذا)** يكون القول للمشتري **(لو اتفقا في قدر المبيع واختلفا في المقبوض)** لما بيناه من أنَّ القول للقابض **(ولو اشترى عبدين صفقة)** أي في عقد واحد **(وقبض أحدهما ووجد بالمقبوض أو بالآخر عيباً ردهما)** أي العبدين جميعاً **(أو أخذهما)** جميعاً **(ولا يرد المعيب وحده)** أي ليس للمشتري أنْ يرده وحده لأنَّ فيه تفريق الصفقة قبل التمام. وعن أبي يوسف أنَّه يرد المقبوض خاصة لأنَّ الصفقة فيه تمت لتناهيها فيه والأصح الأول لأنَّ تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل، **(إلاّ إنْ ظهر العيب بعد قبضهما)** لأنَّه تفريق بعد التمام فلا يمنع الرد وحده خلافاً لزفر ووضع المسألة في عبدين لكونه مما يمكن الانتفاع بأحدهما لأنَّه لو لم يمكن كما إذا اشترى خفين ووجد في أحدهما عيباً لا يرد المعيب خاصة إتفاقاً لأنهما في المعنى والمنفعة كشيءٍ واحد.

والمعتبر هو المعنى ولهذا قالوا: لو اشترى زوجي ثور وقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيباً وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **(ولو)** كان المبيع كيلياً أو وزنياً من نوع واحد و **(وجد بعض الكيلي أو الوزني معيباً بعد القبض رد كله أو أخذه)** أي

....

المشتري على إباقة عبده يحلف البائع عندهما أنه ما يعلم أنَّه أبق عنده واختلفوا على قول الإمام). والأصح أنه لا يحلف لترتب الحلف على دعوى صحيحة ولا صحة بلا خصم ولا خصم قبل قيام العيب **(فإنْ نكل على قولهما حلف ثانياً كما مر)** آنفاً ولو قال بائعه بعد التقابض: بعتك هذا مع آخر وقال المشتري: بل **(وحده فالقول له)** لأنَّه القابض، **(وكذا لو اتفقا في قدر المبيع، واختلفا في المقبوض)** لما ذكرنا، وأشار بهذا النوع من العيب إلى أنَّه لو كان مما يعرفه الأطباء أو النساء كفى واحد، وإنْ كان الاثنان أحوط، ولو كان ظاهراً كعور وصمم وأصبع زائدة رد بلا يمين، وتمامه فيما علقناه على التنوير **(ولو اشترى عبدين)** أو نحوهما **(صفقة)** واحدة **(وقبض أحدهما ووجد بالمقبوض أو بالآخر عيباً ردهما أو أخذهما)** لتفرق الصفقة **(ولا يرد المعيب وحده إلاّ إن ظهر العيب بعد قبضهما)** جواز التفريق بعد

أخذه وقيل هذا إنْ لم يكن في وعاءين وإلاَّ فهو كالعبدين ولو استحق بعضه بعد القبض ليس له رد ما بقي بخلاف الثوب ومداواة المعيب بعد رؤية العيب وركوبه رضي ولو

أخذه كل بعيبه لأنَّه كالشيء الواحد فليس له أن يأخذ البعض سواء كان قبل القبض أو بعده كالثوب الواحد إذا وجد ببعضه عيباً بخلاف العبدين، وقوله: بعد القبض اتفاقي ولو تركه لكان أولىٰ تدبر (**وقيل هذا**) أي الخيار بين رد الكل أو أخذه (**إنْ لم يكن في وعاءين وإلاَّ**) أي وإنْ كان في وعاءين (**فهو كالعبدين**) حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده (**ولو استحق بعضه**) أي بعض الكيلي أو الوزني (**بعد القبض ليس له رد ما بقي بخلاف الثوب**). قال صاحب المنح: استحق بعض المبيع فإنْ كان استحقاقه قبل القبض خير في الكل لتفريق الصفة وإنْ بعد القبض خيرٌ في القيمي لا في غيره لأنَّ التبعيض في القيمي كالثوب عيب فيخير بخلاف المثلي.

وفي شروط ظهير الدين إذا استحق نصف الدار شائعاً فالمشتري بالخيار عندنا، إنْ شاء رد ما بقيَّ ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسك ما بقيَّ ورجع على البائع بثمن المستحق وإنْ استحق منها موضع بعينه إنْ كان قبل القبض فهو بالخيار، وإنْ بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق. وقال الخصاف: له أن يرد الكل ويرجع بالثمن، وفي شرح الطحاوي إذا اشترى شيئاً ثم استحق بعضه.

فإن كان شيئاً لا يمكن تمييزه إلاّ بضرر كالدار والأرض، والكرم والعبد يتخير المشتري وإلاّ فلا وإنْ قبض المشتري أحد المبيعين فيما إذا وقع البيع على شيئين فحكمه ما قبل قبضهما فثبت الخيار للمشتري سواء ورد الإستحقاق على مقبوض، أو غيره لتفريق الصفة قبل التمام (**ومداواة**) المشتري (**المعيب بعد رؤية العيب وركوبه**) أي ركوب المعيب بعدها، وكذا الإجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع، واللبس والسكنى (**رضيً**) لأنَّه دليل الاستبقاء، وفيه

. . . .

التمام. وأشار بالعبدين إلى أنَّ المبيع لو كان لا ينتفع كزوجي خف ومصراعي باب وثورين ألف أحدهما الآخر ردهما أو أمسكهما ولو بعد القبض، فيكون كالمثلى كما ذكره بقوله (**ولو وجد بعض الكيلي أو الوزني معيباً بعد القبض رد كله أو أخذه**) لأنَّه كشيء واحد. (**وقيل: هذا إذا لم يكن في وعاءين وإلاَّ فهو كالعبدين**) فيرد المعيب خاصة وبه أفتى أبو جعفر وأبو بكر خواهر زاده كما في القهستاني عن المحيط. (**قلت**): لكنَّه خلاف الأظهر كما أفاده الأكمل في العناية وخلاف الأصح كما أفاده الشرنبلالي معزياً للبرهان، وقد أفاده المصنف حيث حكاه بقيل فتنبه (**ولو استحق بعضه بعد القبض ليس له رد ما بقي بخلاف الثوب**) والأصل أنَّ تبعيض القيمي عيب لا المثلي فليحفظ (**ومداواة المعيب بعد رؤية العيب وركوبه رضي**) بالعيب بخلاف خيار الشرط (**ولو ركبه لرده أو سقيه أو شراء علفه ولا بد منه فلا**) رضي استحساناً ولو قال البائع: ركبتها لحاجتك وقال المشتري: بل لأردها فالقول للمشتري ولو وجد بها عيباً في السفر فحملها فهو عذر كما في الفتح. (**ولو قطع المبيع بعد قبضه، أو قتل بسبب عند البائع رده وأخذ ثمنه**) علم بذلك أو لا على الصحيح لأنَّه كالاستحقاق، لا كالعيب

ركبه لرده أو سقيه أو شراء علفه ولا بد له منه فلا ولو قطع المبيع بعد قبضه أو قتل بسبب عند البائع رده وأخذ ثمنه وقالا رجع بفضل ما بين كونه سارقاً وغير سارق، أو قاتلاً وغير قاتل إن لم يعلم بالعيب عند الشراء وإلاَّ فلا ولو تداولته الأيدي ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض كما في الإستحقاق وعندهما يرجع الأخير على

إشارة إلى أنَّ الاستخدام بعد العلم لا يكون رضي استحساناً لأنَّ الناس يتوسعون فيه وهو للاختيار كما في البحر، وفي البزازية إن الاستخدام رضي بالعيب في المرة الثانية على الصحيح إلاّ إذا كان في نوع آخر. وفي التنوير اشترى جارية لها لبن فأرضعت صبياً له ثم وجد بها عيباً كان له أنْ يردها كما لو استخدمها. وفي الغرر اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها أو قبلها أو لمسها بشهوة ثم وجد بها عيباً لم تردها مطلقاً، ويرجع بالنقصان إلاَّ إذا رضيَّ البائع **(ولو ركبه لرده)** على البائع **(أو سقيه أو شراء علفه ولا بد له منه فلا)** أي لا يكون بهذه الأشياء رضىٰ بالعيب للاحتياج إليه، قيل الركوب للرد لا يكون رضىٰ كيف ما كان.

وفي البحر ادعى عيباً في حمار فركبه ليرده وعجز عن لبينة فركبه جائياً فله الرد. ولو ركب لينظر إلى سيرها فهو رضىٰ وفي الفتح وجد بها عيباً في السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور، **(ولو قطع)** يد العبد **(المبيع بعد قبضه)** أي المشتري **(أو قتل بسبب)** متعلق بقطع وقتل على التنازع كان **(عند البائع رده وأخذ ثمنه)** في صورة القطع يعني اشترى عبداً قد سرق عند البائع ولم يعلم به وقت الشراء أو القبض فقطعت يده عند المشتري له أنْ يرده ويأخذ ثمنه عند الإمام، وكذا إذا قتل سبب كان عند البائع لكن في القتل لا يرد بل أخذ الثمن **(وقالا)** لا يرده بل **(رجع بفضل ما بين كونه سارقاً وغير سارق، أو قاتلاً وغير قاتل إن لم يعلم)** المشتري **(بالعيب عند الشراء وإلاّ)** أي وإنْ علم المشتري بالعيب عند الشراء **(فلا)**، والحاصل أنَّه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لأنَّ الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل، وهو لا ينافي المالية فينفذ العقد فيه، لكنه متعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد، وله إنَّ سبب الوجوب حصل في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيضاف الوجود إلى السبب السابق وقوله: إنْ لم يعلم بالعيب يفيد على قولهما لأنَّ العلم بالعيب رضيَّ به ولا يفيد على قوله في الصحيح، لأنَّ العلم بالإستحقاق لا يمنع الرجوع كما في البحر وغيره، وظاهر كلام المؤلف أنَّه ليس بمخير بين إمساكه والرجوع بنصف الثمن وليس

. . . .

خلافاً لهما كما ذكره بقوله **(وقالا: رجع بفضل ما بين كونه سارقاً وغير سارق أو قاتلاً وغير قاتل إنْ لم يعلم)** المشتري **(بالعيب عند الشراء وإلاَّ فلا)** يرجع لما علمت أنَّه عيب عندهما وله أنَّ العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع **(ولو تداولته الأيدي، ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة)** جمع بائع كالحياكة جمع حائك **(بعضهم على بعض كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الأخير على بائعه لا بائعه**

بائعه لا بائعه على بائعه ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وإنْ لم يعد العيوب ويدخل في البراءة الحادث قبل القبض عند أبي يوسف خلافاً لمحمد.

كذلك بل هو مخير فله إمساكه وآخذ نصف الثمن لأنَّه بمنزلة الاستحقاق لا العيب، حتى لو مات بعد القطع حتف أنفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق قيد بكون القطع عند المشتري لأنَّه لو قطعت عند البائع ثم باعه فمات عند المشتري به فإنَّه يرجع بالنقصان عنده أيضاً، وبالقطع لأنَّه لو اشترى مريضاً فمات منه عند المشتري أو عبداً زنى عند البائع فجلد عند المشتري فمات به رجع بالنقصان عنده أيضاً، وكذا لو زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم النكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وإنْ كان زوالها بسبب كان عند البائع كما في الفتح، (**ولو تداولته الأيدي**) يعني بعد وجوب سبب القطع في يد البائع لو تداولته الأيدي بالبياعات (**ثم قطع في يد**) المشتري (**الأخير رجع الباعة**) جمع بائع وأصله بيعة على وزن نصرة (**بعضهم على بعض**) عند الإمام (**كما في الاستحقاق وعندهما يرجع**) المشتري (**الأخير على بائعه لا**) يرجع (**بائعه**) أي بائع المشتري (**على بائعه**) كما في العيب لأنَّ المشتري الأخير لم يضر حابساً المبيع حيث لم يبعه، ولا كذلك الآخرون، فإنَّ البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب كما تقدم، (**ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وإنْ**) وصلية (**لم يعد العيوب**) عندنا لأنَّ الجهالة في الإبراء لا تفضي إلى النزاع وإنْ تضمن التمليك لعدم الحاجة إلى لتسليم وقال الشافعي: لا يجوز لأنَّ الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يجوز لأنَّ فيه معنى التمليك وهو يؤدي إلى تمليك المجهول، وبه قال أحمد. وعند زفر البيع جائز والشرط فاسد إذا كان مجهولاً حتى إذا ذكر العيوب وعددها صحت البراءة عنها كان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري.

وقد جرت هذه المسألة بينه وبين الإمام أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانقي فقال له الإمام: أرأيت لو باع جارية وفي موضع المأتى منها عيب أو غلاماً في ذكره عيب أكان يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضع منها أو منه ولم يزل يعمل به، هكذا حتى أقحمه وضحك الخليفة مما صنع به، (**ويدخل في البراءة**) عن العيوب العيب (**الحادث قبل القبض عند أبي يوسف**)، وذكره مع الإمام في المبسوط وفي الخيانية أنَّه ظاهر مذهبهما لأنَّ المراد

....

على بائعه) كما في العيب لما قلنا (**ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وإن لم يعد العيوب**) خلافاً للشافعي، قلنا: براءة الإسقاط لا تفضي للمنازعة فلا تفسد (**ويدخل في البراءة الحادث قبل القبض عند أبي يوسف**) ومنه الإمام على الأظهر. وكذا لو صح بالحادث على الأشهر (**خلافاً لمحمد**) ومعه زفر فخصاه بالموجود كما لو قال: من كل عيب به أو خص ضرباً من العيوب حيث يتخصص إجماعاً. (**فروع**): قال: أنت بريء من كل حق لي، قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو أبرأه من كل داء فهو على ما في الباطن وما سواه مرض ولو أبرأه من كل غائلة فهي السرقة والإباق والزناء. باع

. . . .

لزوم العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة، وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث **خلافاً لمحمد)** فإنَّه قال: لا يدخل فيه الحادث إذ المقصود هو البراءة عن العيب الموجود لا على العموم فلا يدخل المعدوم.

وأجمعوا أنه لو أبرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث، ولو قال: أبرأتك من كل عيب وما يحدث لم يصح إجماعاً فاستشكل على قول أبي يوسف لأنَّه مع التنصيص لا يصح فكيف يصححه ويدخله بلا تنصيص ولكن هذا على رواية الاسبيجابي.

وأما على رواية المبسوط فيصح الإشتراط باعتبار أنَّه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد، وفي التنوير أبرأه من كل داء فهو على ما في الباطن في العادة وما سواه مرض، اشترى عبداً فقال: لمن ساومه إياه اشتره فلا عيب به، فلم يتفق البيع فوجد به عيباً رده على بائعه ولا يمنعه من الرد عليه إقراره السابق، ولو عينه بأن قال: لا عور به لا يرده لإحاطة العلم به، قال عبدي: هذا آبق فاشتره مني، فاشتراه وباع من آخر فوجده الثاني آبقاً لا يرده بما سبق من الإقرار ما لم يبرهن أنَّه آبق عنده. باع عبداً وقال البائع للمشتري برئت إليك من كل عيب به إلاّ الإباق فوجده آبقاً فله الرد، ولو قال: إلاّ إباقه فوجده آبقاً لا، مشتر لعبد أو أمة قال أعتق البائع أو دبر أو استولد الأمة أو هو حر الأصل وأنكر البائع حلف فإنْ حلف قضيَّ على المشتري بما قاله، لإقراره بما ذكر ورجع بالعيب إنْ علم به حتى لو قال باعه: وهو ملك فلان وصدقه فلان وأخذه لا يرجع بالنقصان، وجد المشتري بمشريه عيباً وأراد الرد به فاصطلحا على أنْ يدفع البائع الدراهم إلى المشتري جز وعلى العكس لا يصح، رضىٰ الوكيل بالعيب لزم الموكل إن كان المبيع مع العيب يساوي الثمن وإلاّ لا. ظهر عيب بمشتري الغائب عند القابض فوضع المبيع عند عدل فإذا هلك هلك على المشتري إلاّ إذا قضي بالرد على بائعه الله تعالىٰ أعلم.

. . . .

عبداً، وقال لمشتريه: برئت إليك من كل عيب إلاَّ الإباق فوجده آبقاً فله الرد، ولو قال: إلاَّ إباقه لا، وجد المشتري الغنيمة محرزة من الإمام أو أمينه عيباً لا يرد عليهما بل على منصوب الإمام ولا يخلفه. رضي الوكيل بالعيب لزم الموكل لو المبيع بعيبه يساوي الثمن وإلاَّ لا، ادعى عيباً فصالحه على مال، ثم برأ أو ظهر أنَّ لا عيب، فللبائع أن يرجع بما أدى ولو زال بمعالجة المشتري لا، شرى عبداً فضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب ورده لم يضمن لأنَّه ضمان العهدة وضمنه الثاني لأنَّه ضمان العيوب على وإنْ ضمن السرقة أو الحرية أو الجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن، وتمامه فيما علقته على التنوير.

باب البيع الفاسد

بيع ما ليس بمال، والبيع به باطل كالدم والميتة والحر وكذا بيع أم الولد والمدبر وكذا

باب البيع الفاسد

أخره عن الصحيح لكونه عقداً مخالفاً للدين لأنَّه معصية يجب رفعها وعنونه به وإنْ ذكر فيه الباطل باعتبار كثرة أنواعه وغيره يذكر فيه بطريق الإستطراد، قال بعض الفضلاء: الفاسد كما يذكر في مقابلة الباطل كذا يذكر في مقابلة الصحيح فيراد منه ما يعم الباطل وهو المراد ههنا انتهىٰ لكن فيه كلام لأنَّه يلزم منه أن يشمل الصحيح، إذا استعمل في مقابلة الباطل ولا وجه له تدبر، واعلم أنَّ البيوع على أنواع صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه، وباطل وهو ضده ولا يفيد الملك بوجه، وفاسد وهو المشروع بأصله دون الوصف ويفيد الملك إذا اتصل به القبض، ومكروه وهو المشروع بأصله ووصفه لكن جاوره شيء منهي عنه وموقوف وهو مشروع بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير (**بيع ما ليس بمال، والبيع**) أي بيع الشيء (**به**) أي جعله ثمناً بإدخال الباء عليه كأن يقول بعت هذا الثوب بهذه الميتة مثلاً (**باطل كالدم**) المسفوح (**والميتة**) التي ماتت حتف أنفها لأنَّه المنخنقة وأمثالها مال عند أهل الذمة (**والحر**) لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال لأنَّ هذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحدٍ ممن له دين سماوي كما في أكثر الكتب لكن الحرمال في شريعة يعقوب عليه الصلاة والسلام، حتى استرق السارق على ما قالوا: فلا ينبغي أن يقال إنَّه لم يكن مالاً عند أحد كما في القهستاني (**وكذا**) يبطل (**بيع أم الولد والمدبر**) المطلق إلاَّ بالقضاء لقيام المالية ولذلك فصله بقوله.

. . . .

باب البيع الفاسد

المراد بالفاسد الممنوع مجازاً عرفياً فيعم الباطل والمكروه.

وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعاً وكل ما أورث خللاً في ركن البيع فمبطل وإلاَّ فمفسد. (**بيع ما ليس بمال والبيع به**) بأن جعله ثمناً بإدخال الباء عليه (**باطل**) أي منتف لانتفاء ركنه أو شرطه عبادة أو معاملة كصلاة بلا وضوء، ونكاح بلا شهود، والفاسد ما وجد ركنه وشرطه دون وصفه الخارجي المعتبر شرعاً كبيع بخمر وصلاة بلا فاتحة.

وكثيراً ما يطلق أحدهما على الآخر (**كالدم**) المسفوح فصح بيع كبد وطحال (**والميتة**) سوى سمك وجراد، ولا فرق في حق المسلم بين التي ماتت حتف أنفها أو بخنق ونحوه (**والحر**) لانعدام ركنه وهو مبادلة مال بمال (**قلت**): وقد كان الحر مالاً في شريعة يعقوب على نبينا وعليه أفضل الصلاة وأتم السلام حتى استرق السارق كما في شرح التأويلات، فلا ينبغي أنْ يقال: أنه لم يكن مالاً عند أحد ذكره القهستاني (**وكذا**) بطل (**بيع**) ما في حكم الحر مثل (**أم الولد والمدبر**) المطلق (**وكذا بيع المكاتب إلاَّ أن**

بيع المكاتب إلا أن يجيزه وكذا بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن وبيع قن ضم إلى حر وذكية ضمت إلى ميتة وإنْ بين ثمن كل وعندهما يصح في العبد والذكية إن بين الثمن وصح في قن ضم إلى مدبر أو إلى قن غيره بالحصة. وكذا في ملك ضم إلى وقف في

وكذا كما في الإيضاح وفي البحر ونفاذ القضاء ببيع أو الولد ضعيف وفي قضاء البزازية أظهر عدم النفاذ لكن صحح في الفتح النفاذ بقضاء القاضي تدبر قيدنا بالمطلق لأنَّ بيع المقيد جائز إتفاقاً وعند الأئمة الثلاثة بيع المدبر جائز مطلقاً **(وكذا)** يبطل **(بيع المكاتب)** لأنَّه استحق يداً على نفسه بعقد الكتابة، فلا يتمكن المولىٰ من فسخه وفي بيعه إبطال لذلك الاستحقاق اللازم في حق المولى، فلا يجوز **(إلاّ أن يجيزه)** المكاتب ففيه روايتان أظهرهما الجواز لأنَّ رضاه به متضمن تعجيز نفسه **(وكذا)** يبطل **(بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن)** وهو الدراهم والدنانير حالاً أو مؤجلاً لأنَّ المقصود في البيع عين المبيع لأنَّها هيَّ المنتفع بها لا عين الثمن لأنَّها جعلت وسيلة إليه ولهذا يجوز ثبوته في الذمة وإذا جعلت الخمر مبيعة تكون مقصودة وفيه إعزاز والشرع أمر بإهانتها، ولهذا يبطل بيعها **(و)** كذا يبطل **(بيع قن ضم إلى حر وذكية ضمت إلى ميتة)** ماتت حتف أنفها **(وإنْ)** وصلية **(بين ثمن كل)** عند الإمام لأنَّ الحر غير داخل في البيع أصلاً لكونه غير مال وبضمه إلى القن جعل شرطاً لقبول القن وجعل غير المال شرطاً لقبول المبيع مبطل للبيع، وكذا الميتة **(وعندهما يصح)** البيع **(في العبد والذكية إن بين الثمن)** لأنَّ الصفقة متعددة معنى بتفصيل الثمن والفساد بقدر المفسد فلا يتعداه كما لو جمع بين أخته وأجنبية بالنكاح، لكن التنظير ليس بمحله لأنَّ النكاح لا يبطل بالشروط المفسدة ولا كذلك البيع، تأمل **(وصح)** البيع **(في قن ضم إلى مملوك له من مدبر)** مطلق أو مقيد أو مكاتب أو أم ولد فالمملوك أعم خلافاً لزفر **(أو)** ضم **(إلى قن غيره)** أي غير البائع **(بالحصة)** أي صح

. . . .

يجيزه) أي قبل البيع على الصحيح أي فبيعهم باطل بقاء، فلم يملكوا بالقبض لا ابتداء فصح بيعهم من أنفسهم وبيع قن ضم إليهم كما في الدرر. وقول ابن الكمال: بيع هؤلاء باطل موقوف ضعفه في البحر بأن المرجح اشتراط رضى المكاتب قبل البيع وعدم نفاذ القضاء ببيع أم الولد. وصحح الكمال نفاذه، **(قلت)**: وفي العيني وغيره الأوجه توقفه على قضاء آخر إمضاء أو رداً انتهى، فليكن التوفيق وولد هؤلاءكهم ومبعض كحر كما في السراج. **(وكذا)** بطل بيع ما نفي فيه الثمن كقوله: بعته بلا ثمن ولو سكت عنه فسد وحمل على بيعه بقيمته، ذكره الكرماني وغيره و **(بيع مال غير متقوم)** أي ما لا يباح الانتفاع به ذكره ابن الكمال وغيره فليحفظ **(كالخمر)** فيما بين المسلمين ومسلم وكافر **(والخنزير)**. وقال عبد الواحد وغيره: البيع فيهما فاسد لا باطل كما في النظم.

وكذا بيع ما مات بخنق وجرح كما في الكشف لكن في المحيط بيع منخنق المجوسي باطل خلافاً لمحمد ويخرج عنه بيع السرقين لأنَّه ينتفع به للأرض ويدخل فيه فرس أو ثور من خزف الاستيناس الصبي لأنَّه لا قيمة له، ولا يضمن متلفه.

الصحيح وبيع العرض بالخمر أو بالعكس فاسد، كذا بيعه بالخنزير ولا يجوز بيع طير في الهواء

بحصة القن في الصورتين وإن لم يبين الحصة لأنَّ بيع المدبر وأم الولد جائز بالقضاء، وبيع المكاتب برضاه كما بيناه فيصير محلاً للبيع فدخلوا ابتداء في العد، ثم خرجوا عنه لاستحقاقهم أنفسهم باتصال الحرية بهم من وجه فصار جمع العبد مع كل منهم بمنزلة بيع عبدين استحق أحدهما وبيع قن الغير يجوز موقوفاً فيصير محلاً للبيع، وفي الحقائق الجمع بين العبد ومعتق البعض كالجمع بين العبد والحر. **(وكذا)** صح البيع **(في ملك ضم إلى وقف في الصحيح)** بالنظر إلى أصله الذي هو حبس العين على ملك الواقف فحينئذ يجوز بيع الملك المضموم إليه بحصته وقيل لا يصح.

وفي الفرائد هذا في غير المسجد، أما في المسجد فلا يصح في الملك المضموم إليه فلهذا لا يصح بيع قرية لم يستثن منها المساجد، والمقابر انتهى وفيه كلام لأنَّه يصح في الملك بصرف الكلام إلى الاستثناء المعنوي وهو الأصح كما في المحيط تدبر **(وبيع العرض)** أي غير الثمن **(بالخمر أو بالعكس)** والأولى وبالعكس بالواو أي بيع الخمر بالعرض **(فاسد)** في العرض فيملكه بالقبض فتجب قيمته لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنَّ الخمر عند البعض مال ولا يملك الخمر لبطلان البيع في الخمر حتى لو هلكت عند المشتري لا يضمن لأنَّها غير متقومة عند الشرع **(وكذا بيعه)** أي بيع العرض **(بالخنزير)** فاسد في العرض باطل في الخنزير كما في الخمر، ولم يذكر بيع الخنزير بالعرض وفي التسهيل وغيره فسد لو قوبل خمر أو خنزير أو شعره بعين سواء بيعت به أو بيع بها إذا أمكن جعل العين مقصوداً انتهى فعلىٰ هذا لو قال: بيع الأرض بالخمر أو الخنزير أو بالعكس لكان أخصر وأولىٰ تدبر **(ولا يجوز بيع طير في الهواء)** ومعناه أنْ يأخذ صيداً ثم يرسله من يده، ثم يبيعه وإنما قيدناه بذلك لأنَّ بيع الطير في

. . . .

وكذا بيع بروات يكتب الديوان على العمال كما في المنية ذكره القهستاني **(بالثمن)** أي بطل بيع هذه الأشياء بالدين كدراهم ودنانير، ومكيل وموزون وإنْ بيعت بعين كعرض بطل في الخمر وفسد في العرض فيملكه في القبض بقيمته، ذكره ابن الكمال **(وبيع قن ضم إلى حر وذكية ضمت إلى ميتة)** أي ماتت حتف أنفيها لتكون كالحر **(وإن بين ثمن كل)** عنده **(وعندهما يصح في العبد والذكية إنْ بين الثمن)** لكن في المبسوط وغيره، أنَّه يفسد فيهما كما يفسد قبل التسمية عندهم، ومبنى الخلاف أنَّ الصفقة لا تتعدد بمجرد تفصيل الثمن بل لا بد من تكرر لفظ العقد عنده خلافاً لهما **(وصح في قن ضم إلى مدبر أو إلى قن غيره بالحصة، وكذا في ملك ضم إلى وقف)** غير المسجد العامر فإنَّه كالحر بخلاف الخراب، فكالمدبر في الصحيح ولو محكوماً بلزومه لأنَّه مال في الجملة خلافاً لما أفتى به المنلا أبو السعود وفيه إشعار بأنَّه لو باع كرماً فيه مسجد لم يدخل المسجد فيه لو عامراً وإلاَّ دخل، ذكره القهستاني، **(قلت)**: لكن في العيني لو باع قرية ولم يستثن المساجد، والمقابر لم يصح فليحفظ، لكن رجح في الوهبانية عدم دخولها حيث قال: ومن باع أرضاً وهي فيها مقابر، يصح ولم تدخل أصح وأنظر. **(وبيع العرض بالخمر أو بالعكس فاسد، وكذا بيعه بالخنزير)** وبالعكس فاسد فيملك بالقبض بقيمته كما قدمنا وليس

وسمك لم يصد أو صيد وألقي في حظيرة لا يؤخذ منها بلا حيلة أو دخل إليها بنفسه ولم يسد مدخله وإنْ صيد، وألقيَّ فيها وأمكن أخذه بلا حيلة صح ولا بيع الحمل أو النتاج واللبن في الضرع وكذا اللؤلؤ في الصدف والصوف على ظهر الغنم خلافاً لأبي يوسف

الهواء قبل أنْ يأخذه باطل كما في البحر هذا إذا كان الطير يطير ولا يرجع، أما إذا كان له وكر عنده يطير منه في الهواء، ثم يرجع إليه جاز بيعه والحمام إذا علم عودها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنَّها مقدورة التسليم كما في التبيين وغيره فعلىٰ هذا لو قيده بقوله: لا يرجع لكان أولىٰ تدبر (**و**) لا يجوز بيع (**سمك لم يصد**) لأنَّه بيع ما لا يملكه كما في أكثر الكتب وهذا التعليل يفيد بطلانه لما تقرر من أنّ بيع ما لا يملكه باطل لا فاسد، لكن محل وقوعه فاسداً إنْ كان بالعرض لأنَّه مال متقوم لأنَّ التقوم بالإحراز ولا إحراز كما في منح الغفار وفيه كلام لأنَّه ينبغي أنْ يبطل لأنَّ السمك الذي لم يصد ليس بمال أصلاً والبيع باطل فيه مطلقاً كما قال بعض الفضلاء: (**أو صيد وألقيَّ في حظيرة لا يؤخذ منها بلا حيلة**) فإنَّه فاسد للعجز عن التسليم (**أو دخل إليها**) أي مسوقاً إلى الحظيرة (**بنفسه ولم يسد مدخله**) فإنه لا يجوز وفي الزاهدي إذا اجتمعت بنفسها فبيعها باطل كيف ما كان لعدم الملك (**وإنْ صيد، وألقيَّ فيها**) أي في الحظيرة (**وأمكن أخذه**) أي السمك (**بلا حيلة صح**) بيعه لكونه مقدور التسليم لكن إذا سلمه إلى المشتري فله خيار الرؤية قيل هذا إذا لم يهيء الحظيرة أو الأرض للإصطياد.

أما إذا هيأها له يملكها بلا خلاف (**ولا**) يجوز (**بيع الحمل أو النتاج**) وفي الدرر جعل بيع النتاج باطلاً وبيع الحمل فاسداً لأنَّ عدم الأول مقطوع به، وعدم الثاني مشكوك فيه انتهى لكن في البحر وغيره، والحمل بسكون الميم بمعنى الجنين والنتاج حمل الحبلة، والبيع فيهما باطل لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيعهما تدبر (**و**) لا يجوز بيع (**اللبن في الضرع**) فإنَّه فاسد للغرر

. . . .

ذكره ثمة بأنسب كما ظن بلا شروع في تفصيل ما أحمل مما يفسد البيع من ستة أشياء على ما في المشارع من عدم الملك والغرر والجهالة، والشرط وورود النهي والعجز عن التسليم كما أفاده بقوله: (**ولا يجوز**) أي يفسد.

كذا ذكره القهستاني لكنه ليس على عمومه فالأولى عموم، ويجعله بمعنى الممنوع كما قدمنا فقدم الباطل المحض ثم ذكر المحتمل لكن نقل القهستاني آخراً عن صدر الشريعة أنَّ المراد بيعها بالعروض أي ليكون فاسداً لا بالثمن فيكون باطلاً وأقره فتنبه (**بيع**) المباحاة كحطب الصحراء وحشيشه و (**طير في الهواء**) أي لا يرجع بعد إرساله من يده، أما قبل صيده أصلاً فباطل لعدم الملك ولو كان يطير ويرجع كالحمام صح (و) لا (**بيع سمك لم يصد أو صيد والقي في حظيرة لا يؤخذ منها بلا حيلة أو دخل إليها بنفسه ولم يسد مدخله**) للنهي عن بيع الغرر (**وإنْ صيد وألقى فيها وأمكن أخذه بلا حيلة صح**) لبيعه مقدور التسليم، وله خيار الرؤية ولا اعتبار برؤيته في الماء كما في البحر. (**ولا بيع الحمل**

فيهما ولا بيع اللحم في الشاة وضربة القانص وجزع في سقف وذراع من ثوب وإن ذكر

لاحتمال كونه انتفاخاً ولأنَّه تنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره كما في المنح لكن فيه كلام لأنه في صورة كونه انتفاخاً يقتضي أنْ يكون بيعه باطلاً لأنَّه مشكوك الوجود فلا يكون ما لا تأمل. قال يعقوب باشا، وعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع الشيء الملفوف الموصوف لأنَّه يحتمل أنْ لا يوجد شيء أو وصفه المذكور مع أنهم صرحوا بجوازه انتهى، وفيه كلام لأنّ عدم وجدان الوصف المذكور لا يقتضي كون الآخر أنْ لا يكون مالاً والشيء يقتضي المالية والإنتفاخ ليس بمال، والقياس غير جائز تدبر **(وكذا)** لا يجوز بيع **(اللؤلؤ في الصدف)** فإنَّه فاسد للغرر وهو مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه إلاَّ بضرر وهو الكسر كما في المنح، لكن في تعليله كلام لأنَّ المجهول الذي لا يعلم وجوده يقتضي أنْ يكون بيعه باطلاً تأمل **(والصوف على ظهر الغنم)** لورود النهئ عنه ولأنَّه يزيد من الأسفل بغير انقطاع فيختلط الغير بالمبيع وفي شروح الوقاية ويعود صحيحاً إنْ قلع، انتهى لكن في السراج لو سلم الصوف بعد العقد لم يجز أيضاً ولا ينقلب صحيحاً، تأمل **(خلافاً لأبي يوسف فيهما)** فإنَّه يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف لتيسر التسليم، ولا ضرر بالكسر لأنَّ الصدف لا ينتفع به إلاَّ بالكسر ولكن يخير لعدم الرؤية، وكذا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم للقدرة على التسليم **(ولا)** يجوز **(بيع اللحم في الشاة)** لاحتمال أن يكون مهزولاً أو سميناً فيفضئ إلى النزاع **(و)** لا يجوز بيع **(ضربة القابض)** وهو بالقاف والنون الصائد يقول: بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا، وقيل بالغين والياء قال: في تهذيب الأزهري: نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص بأن يقول أغوص غوصةً فما أخرجته من اللائي فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غرراً ولجهالة ما يخرج وتمامه في البحر فليراجع، **(و)** لا يجوز بيع **(جزع)** يعني الجذع المعين لأنَّ غير المعين لا يعود صحيحاً كما في الإصلاح **(في سقف وذراعٍ من ثوب)** يضره التبعيض كالقميص **(وإنْ)** وصلية **(ذكر قطعه)** لأنَّه لا يمكن تسليمه إلاَّ بضرر وقيدنا بالضرر لأنه لو كان مما لا يضره التبعيض كالكرباس فيجوز. وقول الطحاوي في

....

أو النتاج واللبن في الضرع) والبزر في البطيخ، والدقيق في الحنطة، والدهن في السمسم والعصير في العنب **(وكذا اللؤلؤ في الصدف، والصوف على ظهر الغنم)** وإن سلم ذلك بعد العقد كما يعلم في السراج وغيره لما مر أنَّه معدوم **(خلافاً لأبي يوسف)** فجوزه **(فيهما)** كما جوزوا بيع الكراث وشجر الصفصاف وأوراق التوت بأغصانها للتعامل. وفي القنية: باع أوراق توت لم تقطع قبله بسنة جاز وبسنتين لا لأنَّه يشتبه موضع قطعه عرفاً **(ولا بيع اللحم في الشاة و)** لا بيع **(ضربة القانص)** أو الغائص، والبيع فيهما باطل للغرر، ولعدم الملك (و) لا **(جذع)** معين **(في سقف)**، أما غير المعين فلا ينقلب صحيحاً، ذكره ابن الكمال **(وذراع من ثوب وإن ذكر قطعه)** إنْ كان يضره التبعيض وإلاَّ ككرباس جاز

قطعه فلو قلع الجذع أو قطع الذارع، وسلم قبل الفسخ عاد صحيحاً ولا المزابنة وهي بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصاً والمحاقلة وهي بيع البر في سنبله ببر مثل كيله خرصاً ولا البيع بالملامسة، والمنابذة وإلقاء الحجر بأن يتساوما سلعة فيلزم البيع لو لمسها المشتري أو وضع عليها حجراً أو نبذها إليه البائع ولا بيع ثوب من ثوبين إلاَّ بشرط أن يأخذ أيهما شاء ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها[1] ولا النحل بلا

آجر من حائط، وذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز، ممنوع في الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به.

وأما ما لا يتعيب فيه فيجوز كما في البحر (**فلو قلع الجذع**) المعين (**أو قطع الذارع، وسلم قبل الفسخ عاد صحيحاً**) لزوال المفسد قبل التقرر بخلاف ما إذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحاً وبخلاف ما إذا باع بزراً في بطيخ ونحوه حيث لا يصح وإن شقه وأخرج المبيع (**ولا**) يجوز بيع (**المزابنة**) ولو فيما دون خمسة أوسق خلافاً للشافعي (**وهي بيع الثمر**) بالثاء المثلثة (**على النخل بتمر**) بالتاء المثناة (**مجذوذ**) أي مقطوع، والمزابنة بيع الثمر في رؤوس النخل بالتمر من الزبن، وهو الدفع كما في البحر (**مثل كيله خرصاً**) أي خرزاً وظناً لا حقيقياً لأنَّه لو كان مثله كيلاً حقيقياً لم يبق ما على الرأس تمراً بل تمراً مجذوذاً كالذي يقابله من المجذوذ، وإنما لم يجز لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع المزابنة لأنَّ الجهالة في المماثلة تفضي إلى الربا وبيع العنب بالزبيب على هذا وفي المنح وفيه كلام لأنَّه فسر المزابنة بما سمعت من بيع الثمر بالمثلثة على رأس النحل بتمر بالمثناة، وهو خلاف التحقيق لأنَّ الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطباً كان أو بسراً أو غيره، وإذا لم يكن رطباً جاز لاختلاف الجنس وإلاَّ وليَّ أنْ يقال: بيع الرطب بتمر (و) لا يجوز بيع (**المحاقلة وهي بيع البر في سنبله ببر مثل كيله خرصاً**) لنهيه عليه الصلاة والسلام عنها أيضاً، ولأنَّه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الأرض (**ولا**) يجوز (**البيع بالملامسة، والمنابذة، وإلقاء الحجر بأن يتساوما سلعة فيلزم البيع لو لمسها**) أي السلعة (**المشتري**) وهذا بيع الملامسة (**أو**

. . . .

(**فلو قلع الجزع أو قطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد صحيحاً**) لانتفاع المانع (**ولا**) بيع (**المزابنة**) من الزبن أي الدفع (**وهي بيع الثمر**) بالثاء المثلثة (**على النحل بتمر**) المثناة (**مجذوذ**) أي مقطوع (**مثل كيله خرصاً**) أي حرزاً (و) لا بيع (**المحاقلة وهي بيع البر في سنبله ببر مثل كيله خرصاً، ولا البيع بالملامسة والمنابذة و**) هو (**إلقاء الحجر**) وذلك (**بأن يتساويا سلعة فيلزم البيع لو لمسها المشتري أو وضع عليها حجراً أو نبذها إليه البائع**) على طريق اللف والنشر الغير المرتب، وهي من بيوع الجاهلية فنهى عنها كلها لوجود القمار فكانت فاسدة إنْ سبق ذكر الثمن كما في البحر (**ولا بيع ثوب من ثوبين**) لجهالة المبيع إلاَّ إذا شرط خيار التعيين كما مر (**ولا بيع المراعي**) أي الكلأ (**ولا إجارتها**). أما بطلان بيعها

---

(١) أخرجه أبو داود (بيوع، ٦٠)، وابن ماجه (رهون، ١٦)، وأحمد بن حنبل (٥، ٣٦٤)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٣/ ١١٨.

كوارات خلافاً لمحمد ولا دود القز وبيضه وعند أبي يوسف يجوز في الدود إذا كان مع

وضع) المشتري (عليها حجراً) وهو البيع بإلقاء الحجر (أو نبذها) أي السلعة (إليه) أي إلى المشتري (البائع)، وهذا البيع بالنابذة هذه بيوع كانت في الجاهلية، فنهيَّ عنها. وقال صاحب الفرائد: لو أخر قوله: أو وضع عليها حجراً عن قوله أو نبذها لكان النشر على ترتيب اللف لكنَّه جعله مشوشاً ولا بد من نكتة انتهى، ونكتة المناسبة بأنَّ اللمس، والوضع من قبل المشتري والمنابذة من قبل البائع ولو أخره للزم الخلط، والتفصيل تدبر (ولا) يجوز (بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع (إلاَّ بشرط أنْ يأخذ) المشتري (أيهما شاء) فيجوز لاشتراطه خيار التعيين كما بيناه في موضعه (ولا يجوز بيع المراعي) جمع المرعى ولو أفرد كما أفرد البعض لكان أخضر والمراد بالمرعى الكلأ النابت في أرض غير مملوكة أو في أرض البائع بدون تسبب منه. قيدنا به لأنَّه لو تسبب في ذلك بأن سقي الأرض أو هيأها للإنبات جاز له بيع كلائها لأنَّه ملكه حتى لو احتشه إنسان بغير إذنه كان له استرداده. وقيل لا يجوز بيعه لأنَّه ليس بملكه لأنَّ الشركة فيه ثابتة بالنص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ، والنار (ولا إجـارتها)»، أي لا تجوز إجارة المرعى التي هيَّ الكلأ لأنَّ إجارتها تقع على استهلاك عين غير مملوكة، ولو عقدت على ستهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا تجوز، وهذا أولى، وإنما فسرنا المرعى بالكلأ وجعلناه من إطلاق اسم المحل على الحال لأنَّ بيع رقبة الأرض وإجارتها جائزة بالإجماع، كما في الشمني، وفي القهستاني المراعي بكسر العين جمع المرعى بفتحها، وهو الرعي بكسر الراء الكلأ رطباً، ويابساً كما في الصحاح وغيره، فمن الظن أنَّه من ذكر المحل وإرادة الحال تتبع (ولا) يجوز بيع (النحل) بفتح النون وسكون الحاء المهملة حيوان يحدث منه العسل (بلا كوارات) جمع كوارة بضم الكاف

. . . .

فلعدم الملك لحديث الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار. وفي رواية وثمنه حرام.

وأما بطلان إجارتها فلأنها على استهلاك العين ذكره ابن الكمال وكذا في الشرنبلالية عن البرهان، هذا إذا نبت بنفسه وإذا نبتت بسقي وتربية ملكه وجاز بيعه. ذكره العيني، وقيل: لا يجوز، وفيه معزياً للعناية لا يجوز بيع القصيل لرعي دوابه لكن في الولوجية بيع القصيل، والرطبة على ثلاثة أوجه أنْ ليقطعه أو ليرسل دابته فتأكله جاز، وإن ليتركه لا (قلت): والحيلة أن يستأجر الأرض لضرب فسطاطه أو لإيقاف دوابه أو لمنفعة أخرى كمقيل ومراح وتماه في وقف الأشباه (ولا) بيع (النحل) زنبور العسل (بلا كوارات خلافاً لمحمد) فجوزه في المحرز، أو المجموع وعليه الفتوى، ذكر ابن الملك وغيره (و) لا (دود القز) أي الأبرسيم (وبيضه) أي بزره، وهو بزر الفيلق الذي فيه الدود (وعند أبي يوسف يجوز في الدود إذا كان مع القز وفي البيض عنه قولان وعند محمد يجوز بيعهما مطلقاً) أي دود

القز وفي البيض عنه قولان وعندم محمد يجوز بيعهما وهو المختار ولا بيع الآبق إلاّ ممن يزعم أنه عنده فإن عاد قبل الفسخ لا ينقلب صحيحاً وقيل ينقلب ولا لبن امرأة ولو

وتشديد الواو معسل النحل إذا سوى من طين، أو خشب وغيرهما، وهذا عند الشيخين لكونه من الهوأم فلا ينتفع بعينه بل بما يخرج عنه فلا يكون نفسه مالاً متقوماً والشيء إنما يصير مالاً لكونه منتفعاً به حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل، يجوز تبعاً له، كذا ذكره الكرخي كما في الهداية وفي التبيين لو باعه مع الكوارة صح تبعاً لها، ذكره القدوري في شرحه، وذكر الكرخي أنَّه لا يجوز بيعه مع العسل، والمتبادر من المتن جواز بيع النحل إذا انضم مع الكوارة وإن لم يكن فيها عسل مع إنَّ جوازه إذا كان فيها ذلك عند الشيخين على ما في التبيين بما ذكره القدوري تدبر (**خلافاً لمحمد**) فيجوز بيع نفسه بلا كوارة إذا كان محرزاً أي مجموعاً وهو قول الأئمة الثلاثة لأنَّه حيوان منتفع به حقيقةً وشرعاً، (**ولا**) يجوز بيع (**دود القز وبيضه**) عند الإمام لأنَّه من الهوام (**وعند أبي يوسف يجوز**) البيع (**في الدود إذا كان مع القز**) يعني إذا ظهر منه القز يجوز البيع تبعاً له، (**وفي البيض عنه**) أي عن أبي يوسف (**قولان**) في قول يجوز بيع بيضه مطلقاً لمكان الضرورة وهو مع محمد، وفي قول لا يجوز وهو مع الإمام فيه (**وعند محمد**) وهو قول الأئمة الثلاثة (**يجوز بيعهما**)، لكونهما منتفعاً به (**وهو المختار**) للفتوى. وفي البحر ولكن يرد عليه أنَّ الفتوى على قول محمد في بيع النحل أيضاً كما في الذخيرة والخلاصة وغيرهما، فلم أختار في قوله في الدود دون النحل بلا ترجيح تدبر (**ولا**) يجوز (**بيع الآبق**) لورود النهي ولعجزه عن التسليم (**إلاَّ ممن يزعم أنه**) أي الآبق (**عنده**) فإنَّه حينئذ يجوز لأنَّ المنهيْ بيع آبق في حق المتعاقدين وهو غير آبق في حق المشتري ولأنَّه انتفى العجز لكونه مقبوضاً وصرح بفساد هذا البيع في الدرر وغيره. لكن في البحر صرح ببطلانه لانعدام المحلية ولو باعه ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد، وعن هذا قال: (**فإن عاد قبل الفسخ لا ينقلب صحيحاً**) وهو ظاهر الرواية، وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي لكونه وقع باطلاً

. . . .

القز وبيضه كما أجاز بيع النحل (و) قول محمد: هنا (**هو المختار**) للفتوى كما في الخلاصة وغيرها. وجوز أبو الليث بيع العلق وعليه الفتوى للحاجة كما في المجتبى بخلاف غيرها من الهوام فلا يجوز إتفاقاً كحيات، وضب، وما في بحر كسرطان إلاَّ السمك، وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه. (**قلت**): والحاصل أنَّ جواز البيع يدور مع حل الانتفاع كما في المنح عن المجتبى، وذكرنا في شرحنا على التنوير حكم الشركة (**ولا بيع الآبق**) ولو لطفله أو ليتيم في حجره ولو وهبه لهما جاز، ذكره العيني وغيره. (**قلت**): وما في البحر والأشباه تبع فيه بعض نسخ الخانية وهو تحريف فتنبه (**إلا ممن يزعم أنَّه عنده**) فيجوز لعدم المانع، وهل يصير قابضاً إنْ قبض لنفسه أو قبضه ولم يشهد نعم وإنْ أشهد لا، لأنَّه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان لأنَّه أقوى كما في العناية وإلاَّ إذا أبق من الغاصب فباعه المالك منه فإنَّه يصح لعدم لزوم التسليم كما في الذخيرة (**فإن عاد قبل الفسخ لا ينقلب صحيحاً**) لوقوعه باطلاً فيحتاج إلى عقد جديد (**وقيل ينقلب**) على القول بفساده ورجحه الكمال لكن اختيار المصنف كالهداية

بعد الحلب وعند أبي يوسف يصح في ابن الأمة ولا شعر الخنزير ولكن يباح الإنتفاع به للخرز ضرورة ويفسد الماء القليل عند أبي يوسف لا عند محمد ولا بيع شعر الآدمي ولا الانتفاع به ولا بشيء من أجزائه لا بيع جلود الميتة قبل الدباغ ويجوز بعده وينتفع به

(وقيل ينقلب) صحيحاً ويتم العقد المزبور على القول بالفساد، وهذا رواية عن الإمام لزوال المانع عن التسليم كما إذا أبقَّ بعد البيع.

هكذا يروى عن محمد كما في الهداية ورجح في الفتح القول: بالفساد. **(ولا)** يجوز بيع **(لبن امرأة)** سواء كانت حرة أو أمة **(ولو)** للوصل **(بعد الحلب)** لأنَّه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الإبتذال بالبيع. وأما بيع نفس الأمة فحلال لاختصاصه للحي ولا حياة في لبنها. وقال الشافعي: يكون اللبن محلاً للبيع لكونه مشروباً ظاهراً **(وعند أبي يوسف يصح في ابن الأمة)** اعتباراً لبيعها، وفي الهداية وغيرها ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة، وعن أبي يوسف أنَّه يجوز بيع لبن الأمة انتهى، فعلى هذا ينبغي للمصنف أنْ يقول، وعن أبي يوسف لأنَّ قوله: **عند أبي يوسف** يقتضي الظاهر تأمل، وفي التسهيل واختلف المشائخ في حال الأمة لو شراها بأنَّها حبلى صح عند البعض لا عند البعض، وصح بأنَّ المبيعة حلوب **(ولا)** يجوز بيع **(شعر الخنزير)** لأنَّه محرم فيبطل لنجاسته **(ولكن يباح الإنتفاع به)** أي بشعر الخنزير **(للخرز)** ونحوه **(ضرورة)** الخرز بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة بعدها زاي معجمة مصدر خرز الخف وغيره فيستعمله الخفاف في زمانهم، وكذا تستعمله النسوان لتسوية الكتان، لأنَّ غيره لا يعمل عمله، وعلى هذا قيل: إذا لم يوجد إلاّ بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع، وقيل هذا إذا كان منتوفاً فالمقطوع يكون طاهراً **(ويفسد)** شعر الخنزير **(الماء القليل عند أبي يوسف)** وهو المختار **(لا)** يفسده **(عند محمد)** لأنَّ إطلاق الإنتفاع به بدليل طهارته ولأبي يوسف إنَّ الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلاّ في حالة الإستعمال، وحالة الوقوع تغايرها **(ولا)** يجوز **(بيع شعر الآدمي ولا الإنتفاع به ولا بشيء من أجزائه)** لأنَّ الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيئاً من أجزائه مهاناً مبتذلاً، وقد قال عليه الصلاة

. . . .

الأول وهو الأظهر كما في التنوير **(ولا)** بيع **(لبن امرأة ولو)** من أمة **(بعد الحلب وعند أبي يوسف يصح في لبن الأمة)** لجواز بيعها، قلنا: الرق مختص بالحي ولا حياة في اللبن فلا يحله الرق **(ولا شعر الخنزير، ولكن يباح الانتفاع به للخرز ضرورة)** فيستثنى شرعاً، وعن أبي يوسف أنَّه مكروه لأنَّه نجس، ولذا لم يلبس السلف هذا الحق ذكره القهستاني. **(قلت)**: ولعل هذا في زمانهم، وأما في زماننا فلا ضرورة بل لا حاجة إليه كما لا يخفى **(ويفسد الماء القليل عند أبي يوسف لا عند محمد)** والصحيح الأول، وقيل: هذا في المنتوف أما المجزوز فظاهر كما في العناية **(ولا بيع شعر الآدمي ولا الانتفاع به ولا بشيء من أجزائه)** لأنَّه مكرم ولو كافراً، وفي البيع إهانة ولا يجوز، وفي الاكتفاء إشعار بجواز بيع أجزاء غيرهما كشعر وغيره، ولو ميتة. وقد أفاده بقوله: **(ولا بيع جلود الميتة قبل الدباغ)** أي لو

ويباع عظمها وينتفع به وكذا عصبها وقرنها وصوفها، وشعرها ووبرها. وكذا عظم الفيل خلافاً لمحمد ولا يجوز بيع علو سقط ولا المسيل ولا هبته وصحاً في الطريق ولا بيع

والسلام: «لعن الله الواصلة والمستوصلة»[1]، الحديث، وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن وعن محمد أنّه يجوز الإنتفاع به استدلالاً بما رويَّ أنَّه عليه الصلاة والسلام، حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه رضيَّ الله تعالى عنهم، وكانوا يتبركون به ولو لم يجز الإنتفاع به لما فعل لكن فيه ما فيه تتبع **(لا)** يجوز **(بيع جلود الميتة قبل الدباغ)** لأنَّها غير منتفع بها، وليست بمال لنجاستها فيبطل بخلاف الثوب، والدهن المتنجس فإنها عارضة **(ويجوز)** بيعها **(بعده)** أي بعد الدباغ **(وينتفع به)** أي بالجلد المدبوغ الدال عليه الجلود فلا يرد ما قيل من أنَّ الظاهر أنْ يكون الضمير مؤنثاً وإنما ينتفع به لكونه طاهراً بعده **(ويباع عظمها)** أي الميتة **(وينتفع به)** أي بعظمها **(وكذا عصبها وقرنها وصوفها، وشعرها ووبرها)** لطهارة هذه المذكورات إذ لا حياة فيها حتى يحل الموت بها، القرن من الوبر ولو قدم على الصوف لكان أقرب.

وكذا لو قدم الشعر على الصوف لكان أنسب **(وكذا)** يباع **(عظم الفيل)** عند الشيخين فإنَّ الفيل عندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قالوا: هذا إذا لم يكن عن العظم وأشباهه دسومة، أما إذا كانت فهو نجس **(خلافاً لمحمد)** فإنَّه نجس العين عنده كالخنزير حرمة وصورة، والمختار قولهما: **(ولا يجوز بيع علو سقط)** أي يبطل بيع موضع العلو بعد سقوطه

. . . .

بالعرض فلو بالثمن فباطل ولم يفصله ههنا اعتماداً على ما سبق.

كذا أفاده الواني فليحفظ ليقاس عليه غيره **(ويجوز بعده وينتفع به)** لغير الأكل ولو جلد مأكول على الصحيح كما في السراج **(ويباع عظمها وينتفع به، وكذا عصبها)** في رواية **(وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها، وكذا عظم الفيل خلافاً لمحمد)** فعنده كالخنزير، والمختار قولهما **(ولا يجوز)** وبطل **(بيع)** موضع **(علو سقط)** لأنَّه معدوم وحق التعلي ليس مالاً ولا متعلقاً به وفيه إشارة إلى بطلان بيعه بعد سقوط السفل، وإلى جواز بيع العلو قبل سقوطه وإلى جواز بيع الشرب وحده وبيع الطريق، وحق المرور بخلاف بيع المسيل، وحق التسييل فلم يجز اتفاقاً وإليه أشار بقوله **(ولا)** بيع **(المسبيل ولا هبته)** سواء كان على الأرض لجهالة محله كما مر أو على السطح لأنَّه حق التعلي **(وقد مر بطلانه وصححا)** أي البيع، والهبة **(في الطريق)** لأنَّه معلوم بالطول والعرض. **(قلت)**: لكن يخالفه ما في الخانية لا يجوز بيع الطريق بدون الأرض، وكذا الشرب وأقره الشرنبلالي، وفي قسمة الوهبانية ومعاياتها وأقره في

---

(١) أخرجه البخاري (لباس، ٨٣، ٨٥، ٨٧)، ومسلم (لباس، ١١٥، ١١٧، ١١٩)، وأبو داود (ترجل، ٥)، والترمذي (لباس، ٢٥) (أدب، ٣٣)، والنسائي (زينة، ٢٢ ـ ٢٤)، وابن ماجه (نكاح، ٥٢)، وأحمد بن حنبل (٢، ٢١، ٣٣٩، ٥، ٢٥، ١١١، ٢٢٨، ٢٥٠، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٥٣)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/ ٢٢١.

شخص على أنَّه أمة فإذا هو عبد ولو باع كبشاً فإذا هو نعجة صح ويخير ولا شراء ما باع

سواء سقط بيت السفل أو لا، إذ بعد انهدامه لا يبقى له الحق التعلي وهو ليس بمال لأنَّ المال ما يمكن إحرازه فالبيع لم يصادف محله فيكون لغواً بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض بإتفاق الروايات ومفرداً في رواية وإنما قيدنا ببعد سقوطه لأنَّ البيع قبله يجوز نظراً إلى البناء القائم فيه.

وإن سقط العلو بعد البيع قبل التسليم يبطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم، **(ولا)** يجوز بيع **(المسيل ولا هبته)** لأنَّ رقبة المسيل مجهول لأنَّ مقدار ما يشغله الماء من الأرض يختلف بقلة الماء، وكثرته حتى لو بين حدوده وموضعه جاز، وإنْ أريد بالمسيل التسييل فإنْ كان على السطح كان حق التعلي، وقد مر بطلانه وإنْ كان على الأرض كان مجهولاً بجهالة محله **(وصحا)** أي البيع والهبة **(في الطريق)** لأنَّ رقبة الطريق معلوم وإنْ لم يبين فمقدر بعرض باب الدار فيجوز فيه البيع، والهبة ففي بيع حق المرور روايتان وجه البطلان أنَّه ليس بمال ووجهه الصحة الاحتياج إليه، وهو حق معلوم متعلق بعين باقٍ. وصح بيع حق المرور تبعاً للأرض بالإجماع، ووجده في رواية **(ولا)** يجوز **(بيع شخص على أنَّه أمة فإذا هو عبد)** وكذا عكسه استحساناً والقياس جوازه وهو قول زفر: لأنَّ الاختلاف بالذكورة والأنوثة اختلاف بالوصف لأنهما وصفان في الحيوان واختلاف الوصف يوجب الخيار إلاَّ الفساد كما في البهائم. وجه الاستحسان أنَّ الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد فإنَّ المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الأمة الاستخدام داخل الدار كالإستفراش والاستخدام وغيرهما فباختلاف المقاصد صارا جنسين مختلفين **(ولو باع كبشاً فإذا هو نعجة صح ويخير)** وجه الصحة لأنَّه لا تفاوت في المقصود فإنّ المقصود منه اللحم، والحمل والركوب ونحو ذلك فالأنثى والذكر يصلحان لذلك فكان جنساً واحداً فتعلق العقد بالمشار إليه.

. . . .

ألغاز الأشباه، وليس لهم. قال الإمام: تقاسم، بدرب ولم ينفذ، وكذا البيع يذكر. ومالك أرض ليس يملك بيعها، لغير شريك، ثم لو منه ينظر. **(ولا بيع شخص)** مشار إليه **(على أنَّه أمة فإذا هو عبد)** استحساناً لأن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان بخلاف البهائم كما أفاده بقوله **(وإذا باع كبشاً فإذا هو نعجة صح ويخير)** كشراء فص على أنَّه ياقوت أحمر فإذا هو أصفر **(قلت)**: والأصل أنَّ الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا في عقد فإنْ كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة له والإشارة لغو، فالبيع باطل لأنَّ المبيع معدوم وإن كان من خلاف وصف المسمى فالعبرة للمشار إليه والتسمية لغو فالبيع جائز وأنَّ العبرة للمسمى إذا لم يعلما أنَّ المشار إليه من خلاف جنس المسمى، فأما إذا علما به فالعبرة للمشار إليه فلو قال: بعت منك هذا الحمار وأشار إلى عبد قائم بينهما انعقد العقد على العبد **(ولا شراع ما باع)** بنفسه أو بوكيله **(بأقل مما باع)** من الثمن **(قبل نقد)** كل **(الثمن)** الأول أي ثمن ما باع لأنَّ بين الثمنين شبهة المقابلة، وهي مثبتة لشبهة الربا والشبهة في المحرمات كالحقيقة ولو شراء بمثله

بأقل مما باع قبل نقد الثمن. وكذا شراؤه مع غيره بثمنه الأول قبل نقده ويصح في الغير

اعلم أن في مختلفي الجنس يتعلق العقد في المسمىٰ إذا اختلف المسمى والمشار إليه لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لأنَّ الإشارة لتعريف الذات والتسمية لإعلام الماهية وهو أمر زائد على أصل الذات فكان أبلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف إلى ما هو أبلغ فيه فكانت الإشارة أولى بالإعتبار في متحدي الجنس لأنَّ المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً، والوصف يتبعه فأمكن الجمع بينهما بأنْ يجعل الإشارة للتعريف، والتسمية للترغيب فثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس لأنَّ المسمىٰ فيه مثل المشار إليه وليس بتابع فلا يمكن أنْ يجعل أحدهما تبعاً للآخر فيعتبر الأعراف عند تعذر الجمع بينهما، وهذا هو الأصل في العقود كلها كالإجارة، والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال كما في التبيين (**ولا**) يجوز (**شراء ما باع**) البائع أو وكيله من سلعة أو غيرها (**بأقل مما باع**) من الثمن (**قبل نقد**) كل (**الثمن**) الأول أو بعضه وإن بقيَّ من ثمنه درهم كما في السراج صورتها باع جارية مثلاً بألف حالة أو نسيئة فقبضها المشتري ثم اشتراها البائع من المشتري قبل نقد الثمن الأول بالأقل فالبيع الثاني فاسد عندنا، وقال الشافعي: يجوز وهو القياس لأنَّ الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه بأي قدر كان من الثمن كما إذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الأول أو بأكثر أو ببعض أو بأقل بعد النقد.

وإنما منعنا جوازه استدلالاً بقول عائشة الصديقة رضيَّ الله تعالى عنهما لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت أبلغي زيد بن أرقم إنَّ الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إنْ لم يتب ولأنَّ الثمن لم يدخله في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع وقعت المقاصة بقيَّ له فضل بلا عوض بخلاف ما إذا باع بعرض لأنَّ الفضل إنما يظهر عند المجانسة، وإنما ترك فاعل الشراء ليشمل شراء من لا تقبل شهادته للبائع كالأصول والفروع ومكاتبة فهو أيضاً بمنزلة شراء البائع عند الإمام خلافاً لهما في غير العبد والمكاتب.

وكذا الحكم لو باعه وكالة عن غيره أو اشتراه بطريق الوكالة لغيره إذا كان هو البائع ومحل كلامه شراء الكل أو البعض وخرج شراء وارث البائع ووكيله عند الإمام خلافاً لهما وأما شراء البائع ممن اشترى من مشتريه أو الموهوب له أو الموصي فجائز إتفاقاً، وقيد بما باع لأنَّ المبيع إذا انتقص وتغير بعيب جاز ولا بد من عدم الجواز من اتحاد جنس الثمن فإنْ اختلف جاز مطلقاً والدراهم والدنانير جنس واحد هنا (**وكذا شراؤه**) أي لا يجوز شراء ما باع البائع أو وكيله حال كون ما باع (**مع غيره بثمنه الأول قبل نقده ويصح في الغير بحصته**) صورتها باع جارية

. . . .

أو أكثر جاز كما لو اختلف الجنس أو تعيب أو كان بعد النقد فتنبه (**وكذا**) لا يجوز (**شراؤه مع**) شيء آخر (**غيره بثمنه الأول قبل نقده**) للزوم شراء الآخر بأقل مما باع ضرورة (**قلت**): ولا يسري الفساد لضعفه لأنَّه مجتهد فيه فيقتصر على محله ولا يتعداه كما أفاده بقوله (**ويصح في الغير بحصته**) كما في الجمع

بحصته ولا شراء زيت على أنْ يزنه بظرفه ويطرح عنه لكل ظرف مقدار معين وإن شرط طرح مثل وزن الظرف يصح وإن اختلفا في الظرف وقدره فالقول للمشتري ولو أمر مسلم ذمياً بيع خمر أو شرائها صح خلافاً لهما وكذا لو أمر المحرم غيره ببيع صيده ولو

بخمسمائة، وقبضها المشتري ثم اشتراها وجارية أخرى معها قبل نقد الثمن بخمسمائة فإنَّ الشراء في التي لم يبعها منه صحيح وفي الأخرى وهي التي باعها منه فاسد لأنَّه لا بد أنَّ يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يبعها منه فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع ضرورة ولا يسري الفساد لضعفه لأنَّه مجتهد فيه ويقصر على محله فلا يتعداه كما في الجمع بين عبد ومدبر **(ولا** يجوز **(شراء زيت)** أي دهن الزيتون **(على أنْ يزنه بظرفه)** أي بشرط وزنه معه **(و)** أنْ **(يطرح عنه)** أي عن الزيت **(لكل ظرف مقدار معين)** كخمسين رطلاً لأنَّ هذا **شرط** لا يقتضيه العقد، لأنَّ مقتضاه أنْ يطرح عنه وزن الظرف، فإذا طرح مقدار خمسين رطلاً مثلاً يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل، إلا إذا عرف وزنه خمسون رطلاً فحينئذ يجوز **(وإن شرط طرح مثل وزن الظرف يصح)** لأنَّه شرط يقتضيه العقد **(وإن اختلفا)** أي البائع والمشتري **(في الظرف وقدره)** فقال المشتري الظرف هذا وهو عشرة أرطال وقال البائع غير هذا وهو خمسة أرطال **(فالقول للمشتري)** مع يمينه لأنَّه إنّ اعتبر اختلافاً في تعيين الظرف المقبوض كما هو الظاهر وقدر الزيت فالقول له لأنَّه قابض، والقول للقابض أميناً كان أو ضميناً وإنْ اعتبر اختلافاً في قدر الثمن، فكذا القول لأنَّه ينكر الزيادة ولا يتحالفان لأنَّ اختلافهما في الثمن ثبت تبعاً لاختلافهما في لزق والإختلاف في الزق لا يوجب التحالف لأنَّه ليس بمعقود به ولا معقود عليه.

فكذا الاختلاف فيما ثبت تبعاً لأنَّ حكم التبع لا يخالف حكم الأصل **(ولو أمر مسلم ذمياً بيع خمر أو شرائها صح)** أي يجوز توكيل المسلم ذمياً ببيع الخمر وبشرائها، عند الإمام لأنَّ الوكيل فيما وكل به يتصرف تصرف الأصل لأهليته لا لنيابته وانتقال الملك إلى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما **(خلافاً لهما)** لأنَّ عندهما لا يجوز إذ الوكيل نائب عن موكله فما تصرف فيه عائد إليه فمباشرته كمباشرته وذا لا يجوز فيما نحن فيه، إذ لا ولاية

. . . .

بين عبد ومدبر **(ولا شراء زيت على أن يزنه بظرفه)** أي بشرط وزنه معه **(و)** أن **(يطرح عنه لكل ظرف مقدار معين)** من الأرطال لأنَّه شرط نافع لا يقتضيه العقد، إذ مقتضاه طرح مقدار وزنه كما أفاده بقوله **(وإنْ شرط طرح مثل وزن الظرف يصح)** كما لو عرف قدر وزنه **(وإن اختلفا في الظرف، وقدره فالقول للمشتري)** بيمينه لأنَّه قابض أو منكر ولا يتخالفان لثبوته تبعاً فليحفظ. **(ولو أمر مسلم ذمياً يبيع خمراً وشرائها صح)** أي توكيله بذلك عند الإمام مع أشد كراهة **(خلافاً لهما)** فعندهما لا يصح إذ لا ولاية لموكله، فكذا وكيله وله أنَّ العاقد يتصرف بأهليته وانتقال الملك إلى الأمر أمر حكمي. **(وكذا)** الحكم **(لو أمر المحرم غيره ببيع صيده)** وعلى هذا الخلاف أيضاً التوكيل ببيع الخنزير والأظهر قولهما: كما في

شرى كافر عبداً مسلماً ومصحفاً صح ويجبر على إخراجهما من ملكه والبيع بشرط يقتضيه العقد صحيح كشرط الملك للمشتري وكذا بشرط لا يقتضيه العقد ولا نفع فيه لأحد كشرط أنْ لا يبيع الدابة المبيعة ولو بشرط لا يقتضيه العقد وفي نفع لأحد المتعاقدين أو لمبيع يستحق فهو فاسد كبيع عبد على أنْ يعتقه المشتري أو يدبره أو

للمسلم في بيعها ولا شرائها، والتوكيل مبنيٌّ على الولاية فيما وكل به غيره، وعلى هذا الخلاف الخنزير، وقد رويَّ عن الأم يكره أشد ما يكون من الكراهية.

ثم إنْ كان خمراً يخللها وإن خنزيراً يسيبه **(وكذا)** أي على هذا الخلاف **(لو أمر المحرم غيره ببيع صيده)** الذي اصطاده قبل الإحرام يجوز التوكيل عند الإمام خلافاً لهما **(ولو شرىٰ كافر عبداً مسلماً ومصحفاً صح ويجبر على إخراجهما من ملكه)** أي من ملك الكافر دفعاً للذل من جهة. وقال الشافعي: لا يجوز إذلالاً من جهة مملوكيتها للكافر قيد بالشراء، لأنَّ الكافر لو استأجر مسلماً للخدمة جاز اتفاقاً ولكن يكره **(والبيع بشرط يقتضيه العقد صحيح كشرط)** كون **(الملك للمشتري)** وشرط تسليم المشتري الثمن وشرط تسليم البائع المبيع لأنَّ مثل هذا الشرط لا يزيد شيئاً بل يؤكد موجب العقد **(وكذا)** يصح **(بشرط لا يقتضيه العقد ولا نفع فيه لأحد)** من المتعاقدين والمبيع المستحق للنفع بأن يكون آدمياً **(كشرط أنْ لا يبيع الدابة المبيعة)** بأن قال: بعت هذه الدابة منك على أنْ لا تبيعها أو تسيبها في المرعىٰ لأنَّ هذا الشرط لا يؤدي إلى النزاع ولا يحتمل الربا لعدم النفع الزائد فيصح العقد ويبطل الشرط وهو الظاهر من المذهب، وعن أبي يوسف أنَّه يفسد البيع. قيل: هذا مثال لعدم النفع للعاقدين مع منفعته للمعقود عليها، لكن ليست من أهل الاستحقاق.

وكذا يصح بشرط ملائم للعقد كشرط أنْ يرهنه المشتري شيئاً معيناً أو يعطيه كفيلاً معيناً لأنَّ هذا لا يفسد بل يؤكد، وإن كانا غير معينين يفسدان للمنازعة.

وكذا يصح بشرط يلائم العقد لورود النص على جوازه كالخيار والأجل رخصة وتيسيراً **(ولو)** كان البيع **(بشرط لا يقتضيه العقد وفي نفع لأحد المتعاقدين)** أي البائع والمشتري **(أو**

الشرنبلالية عن البرهان **(ولو شرى كافر عبداً مسلماً أو مصحفاً صح ويجبر على إخراجهما من ملكه)** دفعاً للذل. وأبطله الشافعي قيد بالشراء لعجة الإجارة اتفاقاً لأنَّه بأخذ الأجرة يكون عاملاً لنفسه معنى ولكنه يكره للإستهانة صورة **(والبيع بشرط يقتضيه العقد صحيح كشرط الملك للمشتري)** لثبوته بدون الشرط **(وكذا يصح بشرط لا يقتضيه العقد ولا نفع فيه لأحد)** ولو أجنبياً. ذكره ابن الملك، فلو شرط أنْ يسكنها فلان أو أن يقرضه البائع أو المشتري، كذا فالأظهر الفساد، ذكره أخي زاده وظاهر البحر ترجيح الصحة. وفي القهستاني عن الاختيار أنَّ الشرط باطل **(كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة)** فإنها ليست بأهل للنفع **(ولو بشرط لا يقتضيه العقد. وفي نفع لأحد المتعاقدين أو)** فيه نفع **(لمبيع يستحق)** أي من

يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فلو أعتقه المشتري عاد البيع صحيحاً فتلزم الثمن وعندهما لا يعود فتلزم القيمة وكشرط أنْ يستخدمه البائع شهراً أو يسكنها أولاً يسلمه إلى رأس الشهر أو يقرضه المشتري درهماً أو يهدي له هدية أو يقطع البائع الثوب، ويخيطه قباءً أو قميصاً، أو يحذو النعل أو يشركه ويصح في النعل استحساناً ولا يجوز

لمبيع يستحق) النفع بأن يكون آدمياً **(فهو)** أي هذا البيع **(فاسد)** لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيكون ربا وكل عقد شرط فيه الربا يكون فاسداً. وفي شرح المجمع إنما يفسد البيع بشرط إذا ذكره بكلمة على، وأما إذا ذكره بحرف الشرط كما إذا قال: بعت إنْ كنت تعطيني كذا فالبيع باطل **(كبيع عبد على أنْ يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو)** كبيع **(أمة على أن يستولدها)** المشتري لأنَّ هذه شروط لا يقتضيها العقد فيه منفعة للمقعود عليه فيفسد به **(فلو أعتقه)** أي العبد **(المشتري)** بعدما اشتراه بشرط العتق **(عاد البيع صحيحاً)** استحساناً **(فتلزم)** على المشتري **(الثمن)** عند الإمام **(وعندهما لا يعود)** صحيحاً **(فتلزم)** على المشتري **(القيمة)** وهو القياس لأنَّ العقد فسد بالشرط، اعتق أو لم يعتق فلا يعود صحيحاً، كما إذا تلف بوجه آخر، وهو رواية عن الإمام وجه الاستحسان، إنَّ الشرط وإن لم يلائم العقد لذاته لكن شرط العتق من حيث الحكم يلائمه لأنَّه منه للملك، والشيء بانتهائه يتقرر، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا تلف بوجه آخر لم تتحقق الملائمة فيتقرر الفساد، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة فيرجح جانب الجواز فيعود صحيحاً وفي الحقائق الخلاف فيما إذا أعتقه المشتري بعد القبض وأما قبله فلا يصح الإعتاق **(وكشرط أنْ يستخدمه)** أي العبد **(البايع شهراً أو يسكنها)** أي الدار المبيعة **(أو لا يسلمه)** أي المبيع **(إلى رأس الشهر)** متعلق بيسكنها ولا يسلمه على طريق التنازع **(أو يقرضه المشتري درهماً أو يهدىٰ له)** المشتري **(هدية)** هذه أمثلة شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع البائع **(أو)** كشرط أنْ **(يقطع البائع الثوب، ويخيطه قباءً أو قميصاً، أو يحذو النعل)** يعني لو اشترى جلداً على أن يحذوه البائع نعلاً للمشتري يقال حذا لي نعلاً أي عملها **(أو يشركه)** أي **النعل** من التشريك وهو وضع الشراك على النعل، وهو السير

. . . .

أهل الاستحقاق للنفع بأن يكون آدمياً، فلو لم يكن كشرط أنْ لا يركب الدابة المبيعة لم يكن مفسداً **(فهو فاسد كبيع عبد على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها)** للنهي عن بيع وشرط **(فلو أعتقه المشتري)** بعد قبضه كما في شرح المجتمع **(عاد البيع صحيحاً فيلزم الثمن)** عنده **(وعندهما لا يعود)** البيع صحيحاً **(فتلزم القيمة)** وقوله استحسان، وهذه أمثلة لما فيه نفع لمبيع يستحقه **(وكشرط أنْ يستخدمه البائع شهراً أو يسكنها)** قيد به لما مر أنَّ الخيار إذا كان ثلاثة أيام جاز أنْ يشترط فيه الاستخدام كما في الدرر أو يسكنها شهراً **(أو لا يسلمه إلى رأس الشهر أو يقرضه المشتري درهماً أو يهدي له هدية)** أمثلة لما فيه نفع البائع **(أو يقطع البائع الثوب ويخيطه قباء أو قميصاً أو يحذو النعل)** وهو صرم **(أو يشركه)** بشراك أمثلة لما لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري **(وصح)** البيع **(في النعل**

بيع أمة إلاّ حلها ولا البيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يعلم العاقدان ذلك ولا البيع إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزار وقدوم الحاج

الذي عن ظهر القدم كذا في المغرب، هذه أمثلة شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري فيفسد ولأنَّه إنْ كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو إجارةً مشروطةً في بيع وإن لم يكن في مقابلته شيءٍ فهو إعارة مشروطة فيه وقد ورد النهي عن صفقة في صفقة **(ويصح في النعل استحساناً)** للتعامل لأنَّ التعامل يرجح على القياس لكونه اجماعاً عملياً، والقياس: عدم الجواز، وهو قول زفر: **(ولا يجوز بيع أمة إلاّ حملها)** لأنَّ ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وتمامه في الهداية **(ولا)** يجوز **(البيع إلى النيروز)** وهو أول يوم من نزول الشمس في برج الحمل وابتداء ربيع **(والمهرجان)** وهو أول يوم من نزول الشمس في الميزان وابتداء خريف **(وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يعلم العاقدان)** مقدار **(ذلك)** المذكور من النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود لأنَّ النيروز والمهرجان لا يتعينان إلاّ بظن وممارسة بعلم النجوم فربما يقع الخطأ فيكون مجهولاً فيؤدي إلى النزاع.

وكذا صوم النصارىٰ وفطر اليهود يكونان مجهولان لأنَّ النصارى يبتدؤون ويصومون خمسين يوماً فيفطرون فيوم صومهم مجهول، وأما فطرهم بعد ما شرعوا في صومهم فمعلوم فلا جهالة فيه ولا فساد، واليهود يصومون من أول شهر إلى تمام عشرين من شهر آخر ثم يفطرون، فيوم صومهم وفطرهم مجهول لاختلافهما باختلاف عدة شهر هذا إذا لم يعرف العاقدان هذه الآجال، وكذا إذا لم يعرف أحدهما أما إذا كان ذلك معلوماً عندهما فيجوز البيع لعدم النزاع، **(ولا)** يجوز **(البيع إلى الحصاد)** بفتح الحاء المهملة وكسرها، وقت قطع الزرع **(والدياس)** بكسر الدال المهملة وقت وطء الدواب الحنطة وغيرها **(والقطاف)** بكسر القاف والفتح لغة فيه وقت قطع العنب من الكرم **(والجزار)** بكسر الجيم وفتحها وقت جز الصوف من ظهر الغنم، وقيل جزار النحل وفي الهداية بالزاي، وذكرها الزيلعي أنَّه بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل **(وقدوم الحاج)** أي وقت مجيء الحاج وإنما لم يجز

. . . .

استحساناً) للتعامل بلا نكير **(ولا يجوز بيع أمة إلاّ حملها)** لفساده بالشرط بخلاف هبة ووصية **(ولا البيع)** بثمن مؤجل **(إلى النيروز)** لأنَّه أنواع سبعة على ما في البرجندي والنوروز السلطاني أول يوم من الربيع **(والمهرجان)** نوعان: أول يوم من الخريف أو حادي عشر منه **(وصوم النصارى)** وفطرهم **(وفطر اليهود)** وصومهم فاكتفى بذكر أحدهما. ذكره في السراج وهذا **(إنْ لم يعلم العاقدان ذلك)** أي النيروز وما بعده فإنْ علموه فصحيح وإلاّ ففاسد كما في الاختيار وغيره **(ولا البيع إلى الحصاد)** الزرع **(والدياس)** للحب **(والقطاف)** للعنب **(والجزار)** للصوف **(وقدوم الحاج)** لأنها تتقدم وتتأخر **(وتصح**

وتصح الكفالة إلى هذه الأوقات فإن أسقط الأجل قبل حلوله صح وكذا لو باع مطلقاً ثم أجل إلى هذه الأوقات ومن باع نصيبه من دار يجوز إن علمه المتعاقدان خلافاً لأبي يوسف ويكفي علم المشتري عند محمد.

البيع إلى هذه المذكورات لعدم تيقن أوقاتها لأنَّها تتقدم، وتتأخر **(وتصح الكفالة إلى هذه الأوقات)** لكون الجهالة يسيرة لأنَّ الكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة في أصل الدين إذ تجوز الكفالة بمال غير معين. ففي الوصف أولى وفي التسهيل، وفي النذر تتحمل الجهالة ولو فاحشة بخلاف البيع فإنَّه لا يتحملها في أصل الثمن.

فكذا في وصفه قيد بهذه الأوقات لأنَّه لو كفل إلى هبوب الريح فهيَّ باطلة لأنها متفاحشة **(فإن أسقط)** ممن له الأجل **(الأجل)** المفسد للبيع **(قبل حلوله)** أي قبل مجيء الأجل المفسد وقبل التفرق **(صح)** البيع لزوال المفسد، وهو النزاع قبل دخول وقته مع أنَّ الجهالة ليست في صلب العقد بل في شرط زائد فيمكن إسقاطه خلافاً لزفر والشافعي، إذ العقد عندهما بعد فساده لا ينقلب صحيحاً أصلاً وقيدنا بقولنا قبل التفرق، لأنَّه لو تفرقا قبل الإبطال تأكد الفساد، ولا ينقلب صحيحاً إتفاقاً كما في شرح المجمع **(وكذا لو باع مطلقاً)** عن هذه الآجال **(ثم أجل إلى هذه الأوقات)** فإنَّه يصح لأنَّ هذا تأجيل الدين لا الثمن، فالدين هنا في التحمل بمنزلة الكفالة وفي القنية باع بألف نصفه نقدٍ ونصفه إلى رجوعه من زمستان وهو فاسد، والفتوى على انصرافه إلى شهر كما في البحر، **(ومن باع نصيبه من دار يجوز)** البيع **(إن علمه)** أي النصيب منها **(المتعاقدان)** علم مقدار نصيبه شرط عند الإمام لأنَّ الجهالة تفضي إلى المنازعة فلا يجوز **(خلافاً لأبي يوسف)** فإنَّ عنده يجوز مطلقاً سواء علماً أو لا لأنهما رضيا بالجهالة فلا تفضي المنازعة **(ويكفي علم المشتري عند محمد)** لأنَّ جهالة المبيع تضره لا البائع فيشترط علمه، وكذا شراء الدار بفنائها فاسد عند الإمام رحمه الله تعالى لجهالة المقدار خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى.

. . . .

الكفالة إلى هذه الأوقات) لأنَّ الجهالة اليسيرة محتملة في الدين والكفالة لا الفاحشة مطلقاً كمجيء المطر **(فإن أسقط)** المشتري **(الأجل)** المجهول في هذه الصور كلها **(قبل حلوله)** وقبل فسخه وقبل الافتراق كما في التنوير ابن الكمال وابن الملك فلو تفرقا قبله لم ينقلب جائزاً كجهالة فاحشة **(صح)** أي صار باتاً بعدما توقف أو صحيحاً بعد ما فسد على اختلاف أهل خراسان والعراق لزوال المفسد قبل تقرره، وصحح في البرهان الأول وعلله بعدم المنازعة قبل مجيء الأجل فتأمل. **(وكذا)** صح **(لو باع مطلقاً ثم أجل)** الثمن لتحملها في الدين أما تأجيل المبيع أو الثمن المعين فمفسد ولو إلى معلوم ذكره الشمني **(إلى هذه الأوقات)** الديون كالكفالة كما مر **(ومن باع نصيبه من دار يجوز أنَّ علمه)** أي النصيب **(المتعاقدان خلافاً لأبي يوسف ويكفي علم المشتري عند محمد)**.

فصل

قبض المشتري المبيع بيعاً باطلاً بإذن بائعه لا يملكه وهو أمانة في يده عند البعض ومضمون عند البعض وقيل الأول قول الإمام: والثاني قولهما آخذاً من الاختلاف في ما لو بيع مدبر أو أم ولد فمات في يد مشتريه حيث لا يضمن عنده خلافاً لهما ولو قبض المبيع بيعاً

فصل

لما ذكر البيع الفاسد والباطل ذكر حكمهما عقيبهما لأنَّ الحكم الشيء أثره وأثر الشيء يتبعه وجوداً.

وكذا يتبعه ذكراً للمناسبة (**قبض المشتري المبيع بيعاً باطلاً بإذن بائعه لا يملكه**) لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال والمبيع الباطل لا يعد مالاً. وفي الفرائد إنَّ قوله قبض لو قرىء على لفظ الفعل المبني للفاعل يلزم أنْ يكون حرف الشرط محذوفاً تقديره ولو قبض ويكون قوله: لا يملكه جوابه والأحسن أن يقرأ مصدراً مرفوعاً على الابتداء مضافاً إلى المشتري، ويكون قوله: لا يملكه على صيغة المبني للفاعل من التفعيل خبره والضمير البارز راجعاً إلى المشتري وفاعله المستكن فيه راجعاً إلى القبض انتهى لكن لا يخلو عن التعسف فيه والأولىٰ قوله: يملكه جواب الشرط المحذوف بقرينة التقابل، وهو قوله: ولو قبض المبيع بيعاً باطلاً إلى آخره تدبر (**وهو**) أي المبيع (**أمانةٌ في يده عند البعض**) فلا يضمن لو هلك في يد المشتري، لأنَّ العقد غير معتبر فبقيَّ القبض بإذن المالك فيكون أمانة في يده (**ومضمون عند البعض**) الآخر لأنَّه لا يكون أدنى من المقبوض على سوم الشراء (**وقيل الأول**) أي كونه أمانة (**قول الإمام: والثاني**) أي كونه مضموناً (**قولهما آخذاً**) أي أخذ صاحب القيل كون الأول قوله: والثاني قولهما: (**من الاختلاف في ما لو بيع مدبر أو أم ولد فمات في يد مشتريه حيث لا يضمن عنده خلافاً لهما**) ففهم صاحب القيل إنَّ كل مبيع بيعاً باطلاً فهو على هذا الخلاف فقال الأول: قوله: والثاني قولهما: (**ولو قبض المبيع بيعاً فاسداً بإذن بائعه صريحاً**) كقبض المشتري المبيع

. . . .

فصل

(**قبض المشتري المبيع بيعاً باطلاً بإذن بائعه لا يملكه وهو أمانة في يده عند البعض**) فيملك أمانة إذْ الباطل هدر فبقي أمانة (**ومضمون عند البعض**) فيضمن بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء (**وقيل الأول**) أي كونه أمانة (**قول الإمام والثاني**) أي كونه مضموناً (**قولهما أخذا من الاختلاف**) المذكور (**في ما لو بيع مدبر أو أم ولد فمات في يد مشتريه حيث لا يضمن عنده خلافاً لهما**) بناء على أنَّه أمانة أو مضمون. (**قلت**): وبه صرح صاحب البرهان، والاختيار والمختار قولهما: وقيل: عليه الفتوى.

كما في الدرر وفي القهستاني وهو الصحيح على ما ذكره السرخسي وحكاه قاضيخان (**ولو قبض**)

فاسداً بإذن بائعه صريحاً أو دلالة كقبضه في مجلس عقده وكل من عوضيه مال ملكه ولزمه لهلاكه مثله حقيقة أو معنى كالقيمة في القيمي ولكل منهما فسخه قبل القبض وبعده ما دام في

بأمره في المجلس أو بعده على الرواية المشهورة **(أو دلالة كقبضه في مجلس عقده)** ولم ينهه البائع عنه قبل الإفتراق **(وكل)** أي، والحال إنَّ كل واحد **(من)** المبيع والثمن **(عوضيه)** أي البيع **(مال)** خرج بهذا القيد البيع الباطل ولا شك إنَّ البيع الباطل خرج أولاً في البيع الفاسد فلا حاجة إلى إخراجه ثانياً وقال صاحب البحر: اللهم إلاَّ أنْ يقال: إنَّ بعض البيوع الباطلة أطلقوا عليها اسم الفاسد، فربما يتوهم أنَّ المبيع فيها يملك بالقبض فصرح بما يخرجها انتهى لكن هذا يكون جواباً لما وقع في الكنز، ولا يكون جواباً لما في هذا المتن لأنَّ المصنف بين أولاً حكم البيع الباطل ثم شرع في بيان حكم الفاسد فلا يقال هنا إنَّ المراد بالفاسد ما هو الباطل أو أعم بل هو مستدرك تدبر **(ملكه)** أي المقبوض بالبيع الفاسد، وقال الشافعي: البيع الفاسد لا يفيد الملك بالقبض قيد به لأنَّه بدون القبض لا يفيد الملك اتفاقاً لأنَّ السبب ضعيف لا يفيد الملك إذا لم يتقو بالقبض كالهبة وقيد بإذن البائع لأنَّ القبض لو لم يكن بإذنه لا يفيد الملك إتفاقاً وإنما ذكر الإذن دون الرضىٰ لأنَّه لا يشترط في بعض أفراده كبيع المكره كما لا يخفى، وللشافعي أنه بيع محظور فلا يكون سبباً للملك الذي هو نعمة، ولنا أنَّ البيع الفاسد مشروع بأصله لأنَّه مبادلة مال بمال فيفيد الملك بهذا الاعتبار **(ولزمه)** أي المشتري بواو الإعتراض لا العطف على ملكه كما في القهستاني: **(لهلاكه)** أي وقت الهلاك المبيع في يد المشتري **(مثله)** أي المبيع **(حقيقة)** أي صورة ومعنًى في ذوات الأمثال كالكيلي والوزني **(أو)** مثله **(معنًى كالقيمة في القيمي)** كالحيوان والعرض، وفيه إشارة إلى أنَّ المبيع لو كان موجوداً ردَّ بعينه وإلى أنَّ العبرة للقيمة يوم القبض وإلى أنَّه ملكه بقيمته ولو أزادت قيمته في يده فأتلفه لم يتغير كالغضب، وعند محمد يوم الإستهلاك لأنَّه بالإتلاف يتقرر عليه قيمته فتعتبر قيمته إلاّ إذا زادت من حيث العين لا السعر فإنَّه يوافق الشيخين فالقول في القيمة للمشتري مع يمينه لكونه منكر

المشتري **(المبيع بيعاً فاسداً بإذن بائعه صريحاً)** وهو ظاهر **(أو دلالة)** وهي **(كقبضه في مجلس عقده)** بحضرته ولم ينهه ولم يكن فيه خيار شرط **(وكل من عوضيه مال)** قيل: لا حاجة إليه لأنَّه لإخراج الباطل، وقد خرج بقيد الفاسد سيما وسبق حكمه. **(قلت)**: وأجيب بأنَّه لما كان الفاسد يعم الباطل ويستعمل فيه مجازاً كما مر حقق إخراجه بذلك فتدبر **(ملكه)** المشتري عندنا ملكاً خبيثاً إلاَّ في ثلاث: في بيع الهازل وفي شراء الأب من ماله لطفله أو بيعه له، كذلك لا يملكه حتى يستعمله. وفي المقبوض في يد المشتري أمانة لا يملكه به وإذا ملكه ثبت كل أحكام الملك إلاَّ خمسة لا يحل أكله ولا لبسه، ولا وطئها ولا أنْ يتزوجها منه البائع ولا شفعة لجاره، ولا بجواره كما في الأشباه والجوهرة **(ولزمه لهلاكه)** أو تعذر رده **(مثله)** يوم قبضه **(حقيقة)** لو مثلياً **(أو معنى كالقيمة في القيمي)** يوم قبضه وإنْ زادت قيمته في يده، فأتلفه لأنَّه دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالمغصوب والقول فيها للمشتري: لإنكاره

ملك المشتري إذا كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين وإن كان لشرط زائد كشرط أنْ يهدي له هدية فكذا قبل القبض وأما بعده فالفسخ لمن له الشرط لا لمن عليه الشرط ولا يأخذه البائع حتى يرد ثمنه فإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يأخذ ثمنه وطاب للبائع

الضمان والبينة للبائع، **(ولكل منهما فسخه قبل القبض)** أي لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ قبل قبض المشتري ما دام المبيع في ملكه بلا علم الصاحب على ما قال أبو يوسف: وإنما عندهما علمه كما في الفضولين، لكن في الكافي أنَّه شرط والأولى في مكان اللام كلمة على فإنَّ إعدام الفساد واجب حقاً للشرع كما في القهستاني، فعلى هذا قال الزيلعي: إنَّ اللام بمعنى على انتهى لكن لا حاجة إليه لأنَّه حكم آخر، وإنما مراده بيان إنَّ لكل منهما ولاية الفسخ دفعاً لتوهم أنَّه ملك بالقبض تأمل **(وبعده)** أي بعد القبض **(ما دام)** المبيع **(في ملك المشتري إذا كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين)** أي ينفرد أحدهما بالفسخ أيضاً لقوة الفساد **(وإن كان)** الفساد **(لشرط زائد كشرط أنْ يهدي له هدية)** مثلاً **(فكذا)** ينفرد بالفسخ **(قبل القبض)** وعلى ما حققناه اندفع ما قيل من أنَّ كلامه فيما بعد القبض، لأنَّ حكم ما قبل القبض مر آنفاً فلا وجه لقوله، فكذا قبل القبض تدبر **(وأما بعده فالفسخ لمن له الشرط)** بحضرة صاحبه ولا يشترط فيه قضاء القاضي **(لا لمن عليه الشرط)** وهذا عند محمد لأنَّ العقد قويٌّ والفساد ضعيف.

فمن له منفعة الشرط يقدر أنْ يسقط شرط الهدية فيبقي العقد صحيحاً لرفعه المفسد، فإذا فسخ من عليه المنفعة فقد بطل حق الغير وعند الشيخين لكل واحد من العاقدين الفسخ حقاً للشرع لا حقاً لهما ولا حقاً لأحدهما، حيث رضيا بالعقد كما في أكثر المعتبرات فعلى هذا أنْ يذكر المصنف هذه المسألة في صورة الإتفاق لا يخلو عن ركاكة بل يلزم التفصيل تأمل **(ولا يأخذه)** أي المبيع **(البائع)** بعد الفسخ **(حتى يرد ثمنه)** أي ثمن المبيع إلى المشتري لأنَّ المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن **(فإن مات البائع)** بعد فسخ البيع **(فالمشتري أحق به)** أي بحبس ما اشتراه **(حتى يأخذ ثمنه)** فليس للورثة ولا للغرماء حبس الثمن حتى يأخذ المبيع، ذكر

. . . .

الزيادة **(ولكل منهما)** بل عليه **(فسخه قبل القبض)** ويكون امتناعاً عنه **(وبعده ما دام)** المبيع بحاله كما في الجوهرة **(في ملك المشتري)** إعداماً للفساد لأنَّه معصية فيجب رفعها وهذا **(إذا كان الفساد في صلب العقد)** أراد به الفساد في أحد العوضين **(كبيع درهم بدرهمين)** تمثيل لهذا الفساد **(وإن كان)** الفساد **(لشرط زائد كشرط أن يهدي)** المشتري **(له هدية فكذا)** الحكم **(قبل القبض وأما بعده فالفسخ لمن له الشرط)** خاصة **(لا لمن عليه)** الشرط ولا يشترط فيه قضاء القاضي وإذا أصر على إمساكه وعلم به القاضي فله فسخه جبراً عليهما حقاً للشرع، وكل مبيع فاسد رده المشتري على بائعه بوجه ما، ولو بهبة أو إعارة ووقع في يد بائعه فهو متاركة للبيع وبريء المشتري في ضمانه كما في التنوير **(ولا يأخذه البائع)** بعد الفسخ **(حتى يرد ثمنه)** المنقود لأنَّه يحبس به كالرهن **(فإن مات البائع)** أو المؤجر أو

ربح ثمنه بعد التقابض لا للمشتري ربح مبيعه فيتصدق به كما طاب ربح مالٍ ادعاه فقضيَّ ثم

الثمن مقام القيمة لانعدام الفساد بالفسخ، ولا يدخل المبيع في قسمة غرماء البائع لأنَّ المشتري مقدم حال حياته، وكذا يقدم بعد وفاته على التجهيز والغرماء فيأخذ المشتري دراهم الثمن بعينها لو قائمة ويأخذ مثلها لو هالكة، ولو مات المشتري فالبائع أحق من سائر الغرماء **(وطاب للبائع ربح ثمنه)** من دراهم المبيع أو دنانيره **(بعد التقابض)** أي اشتراك البائع والمشتري في قبض المبيع، والثمن لتملكه ولم يطب قبله لعدم تملكه **(لا)** أي لا يطيب **(للمشتري ربح مبيعه فيتصدق)** المشتري **(به)** أي بالربح وجوباً والفرق أنّ المبيع مما يتعين فيتعلق العقد به فيتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينه، فلم يتمكن الخبيث، فلا يجب التصدق، وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك، أما الخبث بعدم الملك كالغصب عند الطرفين يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة، وفيما لا يتعين شبهة من حيث أنّه تتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة، والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. وقال أبو يوسف: يطيب له الربح مطلقاً لأنّ عنده شرط الطيب الضمان، وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل كما في الهداية وغيرها، وقال صدر الشريعة: فإنْ قيل ذكر في الهداية في المسألة السابقة، ثم إذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها المشتري بعينها لأنّها تتعين بالتعيين في البيع الفاسد، وهو الأصح لأنّه بمنزلة الغصب فهذا يناقض ما قلتم من عدم تعين الدراهم قلنا يمكن التوفيق بينهما بأنْ لهذا العقد شبهتين، شبهة الغصب، وشبهة البيع، فإذا كانت قائمة اعتبر شبهة الغصب سعياً في رفع العقد الفاسد، وإذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئاً تعتبر شبهة البيع حتى لا يسري الفساد إلى بدله كما ذكرنا من شبهة الشبهة انتهى، وفي الدرر أنَّ ما ذكره صدر الشريعة لا يفيد التوفيق بين كلامي الهداية وإنما يفيد دليلاً للمسألة لا يرد عليه ما يرد على الهداية.

فالوجه ما قال في العناية: أنَّه إنما يستقيم على الرواية الصحيحة وهيَّ أنها لا تتعين لا على الأصح وهيَّ ما مر أنها تتعين في البيع الفاسد انتهى، لكن يمكن الدفع بوجه آخر بأنَّ المراد في العقود العقود الصحيحة لأنَّ المطلق ينصرف إلى الكامل فحينئذ عدم التعين سواء كان في المغصوب، أو ثمن المبيع بالبيع الفاسد إنما هو في العقد الثاني فلا يضر تعينه في

. . . .

المستقرض ولو فاسداً أو الراهن فاسداً بعد الفسخ **(فالمشتري)** ونحوه **(أحق به)** فلكل حق حبسه حتى يستوفي ماله، ولا يكون أسوة للغرماء بل قبل تجهيزه كالمرتهن **(حتى يأخذ ثمنه)** بعينه لو قائماً لتعين الدراهم في البيع الفاسد في الأصح ومثله لو هالكاً **(و)** إنما **(طاب للبائع ربح ثمنه بعد التقابض)** على القول بتعينها أيضاً لأنَّ الثمن في العقد الثاني غير متعين، ولا يضر تعينه في الأول، كما أفاده سعدي ولذا **(لا)** يطيب **(للمشتري ربح مبيعه)** المتعين بأنْ باعه بأزيد لتعلق العقد بعينه فتمكن الخبث في الربح **(فيتصدق به)** لما ذكرنا **(كما طاب ربح مال ادعاه)** على آخر فصدقه على ذلك **(فقضى)** أي أوفاه إياه **(ثم**

تصادقا على عدمه فرد بعد ما ربح فيه المدعي فإن باع المشتري ما اشتراه شراء فاسداً صح وكذا لو أعتقه أو وهبه وسلمه وسقط حق الفسخ وعليه قيمته ولو بنى في دار

الأول فعلى هذا ينبغي أنْ يكون جواب صاحب العناية بلا حصر تدبر وفي الفرائد كلام صدر الشريعة يفيد دفع التناقض لأنَّ حاصل التناقض إنَّ صاحب الهداية قال فيما سبق الثمن في البيع الفاسد يتعين بالتعيين، وفي هذه المسألة لا يتعين وحاصل الدفع إنَّ التعين بالتعيين في حالة قيام الثمن، وعدم التعين في حالة عدمه ولا يتحقق التناقض إلاَّ إذا اتحد الجهتان انتهى هذا وجه لكنه خلاف ما صرحوا به لأنهم قالوا: ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنَّها تتعين بالتعيين على رواية أبي سليمان وهو الأصح، وفي رواية أبي حفص لا تتعين كما في العناية وغيرها فبهذا علم أنَّ هذا التوجه ليس بدافع تدبر **(كما طاب ربح مالٍ ادعاه فقضيَّ)** أي قضيَّ المدعي عليه ذلك المال **(ثم تصادقا)** أي المدعي والمدعي عليه **(على عدمه)** أي عدم وجوب المال المدعي **(فرد)** المال **(بعد ما ربح فيه المدعي)** لأنَّ المال المؤدي يكون بدل الدين الذي هو حق المدعي بإقرار المدعي عليه، إذ المرء يؤاخذ بإقراره حكماً فيصير المدعي بائعاً دينه بما أخذ، فإذا تصادقا على عدم الدين صار المدعي كأنه استحق الدين فيلزم أنْ يكون الدين ملكاً بالبيع الفاسد، لأنَّ المبيع هنا فاسد في حق البدل، وهو غير قائمة فلا يؤثر الخبث فيما لا يتعين بالتعيين **(فإن باع المشتري ما اشتراه شراء فاسداً صح)** بيعه لأنَّه بيع ما دخل في ملكه بالقبض فينفذ فيه تصرفه قيد صاحب التنوير ببيعاً باتاً صحيحاً ولغير بائعه لأنَّه لو باعه فاسداً لا يمنع النقض كالبيع الذي فيه الخيار، لأنَّه ليس بلازم، ولأنَّه لو باعه من بائعه كان نقضاً للبيع هذا في العقد الذي فساده ليس بالإكراه لأنَّه لو كان فاسداً بالإكراه فإنَّ تصرفات المشتري كلها تنتقض وقيد المصنف بالشراء الفاسد احترازاً عن الإجارة الفاسدة لما في جامع الفصولين قيل: ليس للمستأجر فاسداً أنْ يوجره من غيره إجارة صحيحة وقيل: يملكها بعد قبضة كمشتر فاسداً له البيع جائزاً وهو الصحيح لأنَّ للموجر الأول نقض الثانية لأنَّها تفسخ بالأعذار **(وكذا لو أعتقه)** أي أعتق المشتري شراء فاسداً العبد بعد قضبه صح، وكان الولاء له.

وكذا توابع الإعتاق من التدبير والإستيلاد والكتابة إلاَّ أنه يعود حق الإسترداد بعجز المكاتب **(أو وهبه وسلمه)** أي إذا وهبه المشتري وسلمه ارتفع الفساد وصح **(وسقط)** بكل من البيع والإعتاق والهبة وبالتسليم **(حق الفسخ)** الذي كان للبائع لأنَّ المشتري ملك المبيع

. . . .

تصادقا على عدمه) وإنْ لم يكن له عليه شيء **(فرد بعد ما ربح فيه المدعي)** لأنَّ بدل المستحق مملوك ملكاً فاسداً والخبث لفساد الملك إنما يعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين، وأما الخبث لعدم الملك كالغصب فيعمل فيهما فليحفظ **(فإن باع المشتري ما اشتراه شراء فاسداً)** بيعاً صحيحاً باتاً لغير بائعه وفساده بغير الإكراه **(صح)** أي انعقد بيعه **(وكذا)** ينفذ **(لو أعتقه)** بعد قبضه أو كاتبه أو استولدها، ولو وطئها ولم تحمل ردها مع عقرها اتفاقاً كما في السراج **(أو وهبه وسلمه)** أو رهنه، أو أوصى به أو وقفه وقفاً صحيحاً صح **(وسقط حق الفسخ)** لتعلق حق العبد به، فرجح إلاَّ في أربعة مذكورة في الأشباه

اشتراها فاسداً أو غرس فيها فعليه قيمتها وقال: ينقض البناء والغرس، ويرد وشك أبو يوسف في روايته لمحمد عن الإمام لزوم قيمتها ولم يشك محمد وكره النجش والسوم

بالقبض فنفذ فيه تصرفاته المذكورة وينقطع به حق البائع في الاسترداد لأنَّه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله تعالى وحق العبد إلاَّ وقد غاب حق العبد.لحاجته وغناء الله تعالى (وعليه) أي على المشتري (قيمته) لما مر أنَّه مضمون بالقبض، والرهن كالبيع لأنَّه لازم فيثبت عجزه عن رد العين فتلزمه القيمة إلاَّ أنه يعود حق الاسترداد بفكه.

وكذا لو أوصى بالبيع المشتري ثم مات سقط الفسخ فتلزمه القيمة **(ولو بنى)** المشتري **(في دار اشتراها فاسداً أو غرس فيها فعليه قيمتها)** أي قيمة الدار والأرض وينقطع حق الإسترداد عند الإمام رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في رواية. **(وقال: ينقض)** المشتري **(البناء والغرس، ويرد)** الدار، والغرس على هذا الاختلاف لهما إنَّ حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أنَّ البناء والغرس مما يقصد به الدوام، وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الإسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنَّه لم يوجد منه التسليط، ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه.

فكذا ببنائه **(وشك أبو يوسف في روايته لمحمد عن الإمام لزوم قيمتها)** أي قيمة الدار **(ولم يشك محمد)** في روايتها عن الإمام لزوم قيمتها وهذه المسألة من المسائل التي أنكر أبو يوسف روايتها عن الإمام، وقد نص محمد على الإختلاف في كتاب الشفعة فإنَّ حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الإختلاف وفي الفصولين، ولو وقفه أو جعله مسجداً لا يبطل حقه ما لم يبن وفي البحر ينبغي أن يحمل على ما قبل القضاء به، وأما إذا قضيَّ به فإنَّه يرتفع الفساد للزومه والظاهر أنَّ ما في الفصولين تبعاً للعمادي ليس بصحيح فقد قال الخصاف: لو اشترى أرضاً بيعاً فاسداً وقبضها ووقفها وقفاً صحيحاً وجعل آخرها للمساكين فقال: الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبائع، انتهى لكن قال قاضيخان: لو باع أرضاً بيعاً فاسداً فجعله المشتري مسجداً لا يبطل حق الفسخ ما لم يبن في ظاهر الرواية فإنْ بناه بطل في قول الإمام وغرس الأشجار بمنزلة البناء.

. . . .

ومتى زال المانع كرجوع هبته عاد حق الفسخ لو قبل القضاء بالقيمة لا بعده **(وعليه قيمته)** لعجزه عن رده **(ولو بنى في دار اشتراها فاسداً أو غرس فيها)** شروع فيما يقطع حق الإسترداد من الأفعال الحسية بعد الفراغ من القولية **(فعليه قيمتها)** وامتنع الفسخ. **(وقال ينقض البناء والغرس ويرد)** على بائعها ورجحه الكمال، وتعقبه في البحر لحصولهما بتسليط البائع. وكذا كل زيادة متصلة غير متولدة كصبغ وخياطة بخلاف ولد وسمن (و) علم أنَّ هذه من المسائل التي **(شك أبو يوسف في روايته لمحمد عن الإمام لزوم قيمتها ولم يشك محمد)** وحمله على نسيان أبي يوسف أي شك في حفظه الرواية عن الإمام لا في

على سوم غيره إذا رضيا بثمن وتلقي الجلب المضر بأهل البلد وبيع الحاضر للبادي طمعاً في غلاء الثمن زمن القحط والبيع عند آذان الجمعة لا بيع من زيد وصح البيع في

وكذا لو وقفها لا يبطل حق الفسخ ما لم يبن انتهى فعلىٰ هذا إنَّ ما في الفضولين على الرواية الظاهرة وما قال الخصاف: على غيرها وما قاله صاحب البحر: من أنَّه ليس بصحيح غير صحيح تدبر قيل لما كان المكروه أدنى درجة من الفاسد ولكنه شعبة من شعبة الحق بالفاسد وأخره عنه فقال: (**وكره النجش**) بفتحتين وبسكون الجيم أيضاً إن زيد الثمن بأكثر من ثمن المثل ولا يرد الشراء لترغيب غيره ويجري في النكاح وغيره لقوله ﷺ: «لا تناجشوا»[1] أي لا تفعلوا ذلك وإنما قيدنا بأكثر من ثمن المثل لأن المشتري إذا طلب بأقل من ثمن المثل فلا بأس أنْ يزيد الآخر في الثمن إلى أنْ يبلغ ثمن المثل وإنْ لم يرد الشراء (**و**) كره (**السوم**) أي الإستشراء بثمن كثير (**على سوم غيره**) أي استشراء غيره بثمن قليل (**إذا رضيا**) ظرف السوم (**بثمن**) معلوم، ولم يبق بينهما إلى العقد لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه وهو نفي»[2]، في معنى النهي فيفيد المشروعية قيد بقوله: إذا رضيا لأنهما إذا لم يتراضيا فلا يكره لأنَّه بيع من يزيد (**و**) كره (**تلقي الجلب**) أي استقبال من في المصر جلباً بفتحتين أو السكون أي مجلوباً من طعام أو حيوان أو غيره (**المضر**) صفة التلقي (**بأهل البلد**) للنهي عنه، وأما إذا لم يضر بأهل البلد بأن لم يكونوا محتاجين إليه فلا بأس به إلاَّ إذا لبس سعر البلد على الواردين فاشترى منهم بأرخص منه فإنه يكره (**و**) كره (**بيع الحاضر للبادي طمعاً في غلاء الثمن زمن القحط**) أي يكره بيع البلدي من

. . . .

الاختلاف فعنده البناء لا يمنع الشفعة وعندهما يمنعها كما في البرهان (**وكره النجش**) بفتحتين ويسكن أنْ يزيد ولا يرد الشراء ويمدحه بما ليس فيه ليروجه وهذا لو السلعة بلغت قيمتها وإلاَّ لم يكره (**و**) كره (**السوم على سوم غيره**) ولو زميا أو مستأمناً (**إذا رضيا بثمن**) أو مهر وإلاَّ لم يكره (**وتلقي الجلب**) بمعنى المجلوب أو الجالب وهذا في (**المضر أهل البلد**) وكذا لو لبس السعر فإذا انتفيا لم يكره (**وبيع الحاضر للبادي طمعاً في غلاء الثمن**) وهذا لو (**زمن القحط**) والعذر وإلاَّ لا (**والبيع عند أذان الجمعة**) أي الأول

---

(١) أخرجه البخاري (بيوع، ٥٨، ٦٤، ٧٠) (شروط، ٨)، ومسلم (نكاح، ٥٢) (بيوع، ١١)، (بر، ٣٠، ٣٢)، وأبو داود (بيوع، ٤٤)، والترمذي (بيوع، ٦٥)، والنسائي (نكاح، ٧٠)، (بيوع، ١٧، ١٩، ٢١)، وابن ماجه (تجارات، ١٤)، والدارمي (بيوع، ٣٣)، والموطأ (بيوع، ٩٦)، وأحمد بن حنبل (٢، ٢٧٤، ٢٨٧، ٢٨٨، ٣٦٠، ٣٨٠، ٢٩٤، ٤١٠، ٤٢٠، ٤٦٠، ٤٦٥، ٤٨٧، ٥٠١، ٥١٢، ٥٢٥)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٦/ ٣٦١.

(٢) أخرجه البخاري (بيوع، ٥٨)، ومسلم (نكاح، ٣٨، ٥١، ٥٤، ٥٥)، والترمذي (بيوع، ٥٧)، وابن ماجه (تجارات، ١٣)، وأحمد بن حنبل (٢، ٣٩٤، ٤٢٧، ٤٥٧، ٤٦٣، ٤٨٧، ٤٨٩، ٥٠٨، ٥١٢، ٥١٦، ٥٢٩)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٣/ ٣٨.

الجميع ومن ملك مملوكين صغيرين أو كبيراً وصغيراً أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أنْ يفرق بينهما بدون حق مستحق ويصح البيع خلافاً لأبي يوسف في قرابة الولاد في رواية وفي الجميع في أخرى فإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق.

البدوي في زمان القحط علفه وطعامه طمعاً في ثمن متجاوز الحد لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يبيع الحاضر للبادي وللضرر بأهل البلد»[1]، وأيضاً يكره بيع البلدي لأجل البدوي في البلد كالسمسار، فيغالي السعر على الناس ولو تركه وباعه بنفسه للزم الرخصة في السعر، ولم يقع أهل البلد في السعر اللام في البادي.

أما بمعنى التمليك أو بمعنى الأجل فلهذا صورٌ بوجهين قيد بقوله: في زمن القحط لأنه في الرخص غير مكروه (**والبيع عند آذان الجمعة**) لقوله تعالى: ﴿وزروا البيع﴾ [الجمعة: ٩] ولأنَّ فيه إخلالاً بواجب السعي إذا قعدا للبيع أو وقفاً له وأطلقه فشمل ما إذا تبايعا وهما يمشيان إليها، وما في النهاية من عدم الكراهة مشكل لإطلاق الآية، ثم المعتبر هو النداء الأول إذا وقع بعد الزوال على المختار (**لا**) يكره (**بيع من زيد**) هذا تصريح لما علم ضمناً لأنَّه يفهم من قوله: وكره السوم على سوم غيره إذا رضيا بثمن.

فإذا لم يتراضيا فلا كما مر آنفاً (**وصح البيع في الجميع**) أي في جميع ما ذكر من قوله: وكره النجش إلى هنا لأنَّ الكراهة لا تمنع الإنعقاد (**ومن ملك مملوكين صغيرين أو كبيراً**) أحدهما (**وصغيراً**) آخراً للذين (**أحدهما**) مبتدأ خبره (**ذو رحم محرم من الآخر**) والجملة صفة لمملوكين (**كره له أن يفرق بينهما**) قبل البلوغ بالبيع والهبة ونحوها والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة». ووهب لبني عليه الصلاة والسلام لعلي رضيَّ الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين، ثم قال: ما فعلت بالغلامين فقال: بعت أحدهما فقال: أدرك أدرك، ويروى أردد أردد ولأنَّ الصغير يستأنس

. . . .

إن أخل بالسعي وإلا لا كماشٍ ومن لا جمعه عليه كما في المنح (**لا**) يكره (**بيع من يزيد**) لما مر ويسمى بيع الدلالة (**وصح البيع في الجميع**)، مما ذكره خلافاً لمالك فأفسده في كلها للنهي، وقلنا: النهي لمعنى مجاور لا يفسد (**ومن ملك مملوكين صغيرين**) أو كبيرين (**أو كبيراً وصغيراً**) غير بالغ (**أحدهما ذو رحم محرم من الآخر**) كرملة تحريماً (**أن يفرق بينهما**) وهذا لو (**بدون حق مستحق**) فلونه كدفع أحدهما

---

(١) أخرجه البخاري (بيوع، ٥٨، ٦٤، ٦٨، ٦٩، ٧٠، ٧١)، (إجارة، ١٤)، (شروط، ٨)، ومسلم (نكاح، ٥١، ٥٢) (بيوع، ١١، ١٢، ١٨، ٢٠ ـ ٢٢)، وأبو داود (بيوع، ٤٥)، والترمذي (بيوع، ١٣)، والنسائي (بيوع، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢١)، وابن ماجه (تجارات، ١٥)، والموطأ (بيوع، ٩٦)، وأحمد بن حنبل (١، ١٦٣، ١٦٤، ٣٦٨، ٢، ٤٢، ١٥٣، ٢٣٨، ٢٤٣، ٢٥٤، ٢٧٤، ٢٧٧، ٣١١، ٣١٨، ٣٦٠، ٣٨٠، ٣٩٤، ٤٠٢، ٤١٠، ٤٢٠، ٤٦٥، ٤٨١، ٤٨٤، ٤٨٧، ٤٩١، ٥٠١، ٥١٢، ٥٢٥، ٣، ٣٠٧، ٣١٢، ٣٨٦، ٣٩٢، ٤، ٣١٤، ٥، ١١)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ٢٤٤.

باب الإقالة

تصح بلفظين أحدهما مستقبل خلافاً لمحمد وتتوقف على القبول في المجلس

بالصغير، والكبير والكبير يتعاهده، فكان في بيع أحدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد، وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه، ثم المنع معلوم بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأنَّ النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحد الصغيرين له، والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما (**بدون حق مستحق**) أي لو كان التفريق بحق مستحق عليه لا بأس به، كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب، لأنَّ المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به كما في الهداية (**ويصح البيع**) هنا أيضاً لأنَّ النهي لمعنى في غيره وهو ما فيه من إيحاش الصغير فلا يوجب الفساد لكن يأثم البائع لارتكابه المنهي (**خلافاً لأبي يوسف في قرابة الولاد**) حيث قال: يفسد البيع فيها ويجوز في غيرها (**في رواية**) عنه (**و**) يفسد (**في الجميع في**) رواية (**أخرى**) وبه قال زفر: والأئمة الثلاثة لأنَّ الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلاَّ في البيع الفاسد، ولهما أنَّ ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فينفذ والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد (**فإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق**) لأنَّ النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح في الصغير فلا يلتحق به غيره وفي الجوهرة وكما يكره من التفريق بالبيع يكره في القيمة في الميراث، والغنائم هذا كله إذا كان المالك مسلماً، وأما إذا كان كافراً فلا يكره.

باب الإقالة

الإقالة الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما فأعقب ذكرها إياهما، وهيَّ لغة الرفع مطلقاً من القليل لا من القول، والهمزة للسلب كما ذهب إليه البعض بدليل قلت: البيع بكسر القاف وهيَّ جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام: «من

. . . .

بالجناية ورده بالعيب وبيعه بالدين لم يكره (**ويصح البيع**) المذكور عند أبي حنيفة (**خلافاً لأبي يوسف في قرابة الولاد**) خاصة دون غيرها (**في رواية وفي الجميع**) بلا شرط ولاد (**في**) رواية عنه (**أخرى**)، ومحمد معه في رواية الطحاوي مع الإمام في رواية الكرخي كما في البرهان (**فإنْ كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق**) خلافاً لأحمد وكما يكره ببيع ونحوه يكره قسمته في الميراث، والغنائم.

باب الإقالة

هي لغة الرفع من أقال قيلاً، لا قولاً وشرعاً رفع العقد كما في الجوهرة (**تصح بلفظين**) ماضيين اتفاقاً أو (**أحدهما مستقبل**) كأقلني فقال: أقلت (**خلافاً لمحمد**) فجعله كالبيع واختير قوله. وفي البرجندي: أنَّه المختار (**وتتوقف على لقبول في المجلس**) ولو بالفعل (**كالبيع وتصح أيضاً بفاسختك**)

كالبيع وهي بيع جديد في حق غير العاقدين إجماعاًوفي حقهما بعد القبض فسخ فإذا

أقال نادماً بيعته إقالة الله تعالى عثراته يوم»[١] القيامة، ولأنَّ العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه بحاجتهما كما في العناية وشرعاً رفع عقد البيع غير السلم فإنَّه ليس بفسخ (تصح) الإقالة (بلفظين أحدهما مستقبل) هذا بيان ركنهما، وهو الإيجاب والقبول الدالان عليها، وشرط أن يكونا بلفظين ماضيين أو أحدهما بمستقل والآخر بماضٍ، كأقلني فقد أقلتك عند الشيخين كالنكاح (خلافاً لمحمد) فإنَّ عنده يشترط أن يعبر بهما عن المضي كالبيع وفي الخانية ذكر قول محمد: قول الإمام: حيث قال: ولا تصح الإقالة بلفظ الأمر في قولهما لكن في الجوهرة وغيرها قد جعلوا قول الإمام مع أبي يوسف فلهذا عول عليه المصنف في المتن (وتتوقف) الإقالة (على القبول في المجلس) فكما يصح قبولها في مجلسها نصاً بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما في أكثر الكتب فعلى هذا لو قال: ولو فعلا كما في التنوير لكان أولى تدبر (كالبيع) لو قبل الآخر بعد زوال المجلس أو بعد ما صدر عنه فيه ما يدل على الإعراض كما سبق في البيع لا تتم الإقالة (وهيَّ) أي الإقالة (بيع جديد في حق غير العاقدين إجماعاً) فيجب بالإقامة الإستبراء في الجارية لو كان المبيع جاريةً وتقايلاً فإنَّه حق الله تعالى لأنها بيع جديد في حق غيرهما وهو الله تعالى وتجب الشفعة في العقار لكونها بيعاً جديداً في غيرهما وهو الشفيع، ويجب التقابض لو كان البيع السابق صرفاً ولا تسقط الزكاة إذا اشترى بعروض التجارة عبداً للخدمة بعد الحول ثم رد بالبيع بغير قضاء فاسترد العروض فهلكت في يده فإنَّه بيع في حق الفقير كما في القهستاني وزاد صاحب المنح إذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البائع فأراد أنْ يرده على البائع ليس له ذلك لأنَّه بيع في حقه كأنه اشتراه من المشتري منه.

. . . .

وتاركتك وتركت ورفعت وبالتعاطي (وهي) مندوبة ويخير في عقد فاسد ومكروه ومغرور بيسير.

أما الفاحش فله الرد كما يأتي (بيع جديد في حق غير العاقدين) وهو الله تعالى أو غيره تعالى فيما ثبت بالشرط لا بالعقد (إجماعاً) لو بعد القبض بلفظ الإقالة وإلا فلا كما يأتي. (وفي حقهما) أي العاقدين (بعد القبض فسخ) فيما هو من موجبات العقد (فإن تعذر جعلها فسخاً) بأن ولدت المبيعة ولداً (بطلت) لتعذر الفسخ بالزيادة المنفصلة بعد القبض حقاً للشرع لا قبله مطلقاً ذكره ابن الملك وهذا عنده (وعند أبي يوسف) الإقالة (بيع فإن تعذر) جعلها بيعاً كمنقول لم يقبض (ففسخ فإن تعذر) جعلها فسخاً كمبيعة ولدت (بطلت وعند محمد) هي (فسخ فإن تعذر فبيع، فإنْ تعذر بطلت)، وهذا الاخلاف لو بلفظ الإقالة فلو بغيرها كفاسخته ففسخ إجماعاً ولو بلفظ البيع فبيع إجماعاً (و) هذا كله لو بعض

---

(١) أخرجه أبو داود (بيوع، ٥٢)، وابن ماجه (تجارات، ٢٦)، وأحمد بن حنبل (٢، ٢٥٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٤/ ١٣٠.

تعذر جعلها فسخاً بطلت، وعند أبي يوسف بيع فإن تعذر ففسخ فإن تعذر بطلت وعند

وكذا إذا كان موهوباً فباعه الموهوب له، ثم تقايلا ليس للواهب أنْ يرجع في هبته لأنَّ الموهوب له في حق الواهب، كالمشتري من المشتري منه، وإذا اشترى شيئاً فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر، ثم تقايلا وعاد إلى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن جاز، وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني **(وفي حقهما)** أي حق العاقدين **(بعد القبض فسخ)** للعقد إنْ أمكن عند الإمام لأنها تنبىء عن الفسخ والرفع، والأصل في الكلام أنْ يحمل على حقيقته، فلا يحمل على البيع لأنَّه ضدها إذ هيَّ عبارة عن الرفع والإزالة والبيع عن الإثبات فتعين البطلان في الحمل على البيع.

وأما كونها بيعاً في حق غيرهما فمعنوي إذ يثبت به حكم البيع وهو الملك فيلزمه الثمن الأول جنساً ووصفاً وقدراً ويبطل ما شرطه من الزيادة والنقصان والتأجيل، ولا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع ويصح أنْ يبيع منه قبل استرداد المبيع ولو كانت بيعاً لبطل ويصح استرداد المبيع بلا إعادة الكيل والوزن، وجاز هبة المبيع منه بعد الإقالة قبل القبض **(فإذا تعذر جعلها فسخاً)** بأن زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة، أو هلك المبيع في غير المقايضة **(بطلت)** الإقالة عنده لتعذر الفسخ هذا إذا تقايلا بعد القبض وإنْ كانت قبل القبض فهيَّ فسخ في حق الكل في غير العقار **(وعند أبي يوسف)** والشافعي: في القديم ومالك وهيَّ **(بيع)** في حق المتعاقدين فلو زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة تجوز الإقالة عنده لأنَّها تمليك من الجانبين لعوض مالي، وهو البيع والعبرة للمعاني دون الألفاظ المجردة **(فإن تعذر)** جعلها بيعاً بأن كانت قبل القبض في المنقول أو كانت بعد هلاك أحد العوضين في المقايضة **(ففسخ)** لأنَّها موضوعة له أو يحتمله **(فإن تعذر)** جعلها فسخاً وبيعاً بأن كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الأول أو بأقل منه أو بجنس آخر، أو بعد هلاك السلعة في غير المقايضة **(بطلت)** الإقالة عنده، ويبقي البيع الأول على حاله لأنَّ بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، والفسخ يكون بالثمن الأول، وقد سميا خلافه **(وعند محمد)** والشافعي، في الجديد وزفر **(فسخ)** إنْ كانت بالثمن الأول أو بأقل لأنَّ اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال: اللهم أقلني عثراتي فيعمل بمقتضاه **(فإن تعذر)** جعلها فسخاً بأنْ تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة أو تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الأول **(فبيع)** حملاً على محتمله ولهذا صار بيعاً في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه **(فإن تعذر)** جعلها بيعاً وفسخاً بأن تقايلا في المنقول قبل القبض

. . . .

القبض فلو **(قبل القبض)** فهي **(فسخ في النقلي وغيره)** عنده **(وعند أبي يوسف)** هي **(في العقار بيع)** وحينئذ **(فلو شرط فيها أكثر من الثمن الأول أو)** شرط **(خلاف الجنس بطل الشرط ولزم الثمن الأول)** لأنَّها فسخ عنده وهي لا تفسد بالشرط **(وعندهما يصح)** هذا **(الشرط لو بعد القبض وتجعل بيعاً و)** أما

محمد فسخ فإن تعذر فبيع فإن تعذر بطلت وقبل القبض فسخ في النقلي وغيره وعند أبي يوسف في العقار بيع فلو شرط فيها أكثر من الثمن الأول أو خلاف الجنس بطل الشرط ولزم الثمن الأول وعندهما يصح الشرط لو بعد القبض وتجعل بيعاً وإن شرط أقل من غيره تعيب لزم الأول أيضاً وعند أبي يوسف تجعل بيعاً ويصح الشرط وإنْ تعيب صح الشرط اتفاقاً ولا تصح بعد ولادة المبيعة خلافها لهما ولا يمنعها هلاك الثمن بل هلاك المبيع وهلاك بعضه يمنع بقدره.

على خلاف جنس الأول (**بطلت**) الإقالة ويبقى البيع الأول على حاله لأنَّ الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الأول، والبيع لا يجوز قبل القبض وبالأقل من الثمن يكون فسخاً عنده بالثمن الأول لأنَّه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخاً فكذا إذا سكت عن البعض، وفي النهاية الخلاف فيما ذكر الفسخ بلفظ الإقالة ولو ذكره بلفظ المفاسخة، أو المتاركة أو الرد لا يجعل بيعاً اتفاقاً إعمالاً بمقتضى موضوعه اللغوي (و) الإقالة (**قبل القبض فسخ في النقلي وغيره**) أي في المنقول، والعقار عند الطرفين (**وعند أبي يوسف في العقار بيع**) جديد إذ لا مانع في جعلها بيعاً فيه وهيَّ تمليك من الجانبين كما مر، ثم ذكر بعض الفروع بقوله: (**فلو شرط فيها**) أي الإقالة (**أكثر من الثمن الأول أو خلاف الجنس بطل الشرط ولزم الثمن الأول**) عند الإمام لأنَّ الإقالة فسخ وهو لا يكون إلاّ على الثمن الأول فيصير ذلك الشرط فاسداً ولغواً دون الإقالة لما مر إنَّ الإقالة لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع، وقال صاحب المنح: وتصح الإقالة بمثل الثمن الأول وتصح بالسكوت عن الثمن الأول ويجب الثمن الأول بلا خلاف إلاّ إذا باع المتولي أو الوصي للوقف أو للصغير شيئاً بأكثر من قيمته أو اشتريا شيئاً للوقف، أو للصغير حيث لا تجوز إقالته، وإن كانت بمثل الثمن الأول رعاية لجانب الوقف وحق الصغير (**وعندهما يصح الشرط لو**) كانت الإقالة (**بعد القبض وتجعل**) الإقالة (**بيعاً**) جديداً لأنَّ الأصل هو البيع عند أبي يوسف، وعند محمد إنْ تعذر الفسخ فجعلها بيعاً ممكن، فإذا زاد أو شرط خلاف الجنس كان قاصداً البيع (**وإن شرط أقل**) من الثمن الأول (**من غيره تعيب**) عند المشتري (**لزم**) الثمن (**الأول أيضاً**) عند الطرفين (**وعند أبي يوسف تجعل بيعاً ويصح الشرط**) لأنَّ البيع هو الأصل عنده (**وإنْ تعيب**) المبيع عند المشتري، وشرط أقل من الثمن الأول بناء على العيب (**صح الشرط اتفاقاً**) فتجوز الإقالة بأقل من الثمن الأول فيجعل الحظ بإزاء ما فات بالعيب (**ولا تصح**) الإقالة (**بعد ولادة المبيعة**) عند الإمام لما مر أنَّ المبيعة إذا زادت زيادة منفصلة تكون الإقالة باطلة عنده.

. . . .

(**إنْ شرط أقل**) من الثمن الأول (**من غير تعيب**) فقد (**لزم**) الثمن (**الأول**) لأنَّها فسخ عنده (**أيضاً**) كشرطه الأكثر (**وعند أبي يوسف تجعل**) حينئذ (**بيعاً ويصح الشرط و**) أما (**إنْ تعب**) المبيع فقد (**صح الشرط اتفاقاً و**) كذا (**لا تصح**) الإقالة (**بعد ولادة المبيعة**) بعد القبض لتعذر الفسخ عنده (**خلافاً لهما**) ولو بعد

باب المرابحة والتولية

المرابحة بيع ما شراه بما شراه به وزيادة والتولية بيعه به بلا زيادة، ولا نقص والوضيعة

أما المنفصلة قبل القبض، والمتصلة بعد القبض، فلا تمنع الإقالة عنده **(خلافها لهما)** لأنَّ البيع هو الأصل عند أبي يوسف، وعند محمد الأصل إذا تعذر جعلها فسخاً تجعل بيعاً **(ولا يمنعها)** أي الإقالة **(هلاك الثمن بل)** يمنعها **(هلاك المبيع)** لأنَّها رفع البيع والأصل فيه المبيع، ولهذا إذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن **(وهلاك بعضه)** أي بعض المبيع **(يمنع)** الإقالة **(بقدره)** اعتباراً للبعض بالكل وفي التنوير وإذا هلك أحد البدلين في المفاوضة صحت الإقالة في الباقي منهما وعلى المشتري قيمة الهالك، إنْ قيمياً ومثله إنْ مثلياً، تقايلا فأبق العبد من يد المشتري وعجز عن تسليمه تبطل وإنْ اشترى عبداً فقطعت يده وأخذ إرشها، ثم تقايلا صحت الإقالة ولزمه جميع الثمن، ولا شيء للبائع من إرش اليد إذا علم وقت الإقالة وإن لم يعلم يخير بين الأخذ بجميع الثمن وبين الترك، وتصح إقالة الإقالة فلو تقايلا المبيع ثم تقايلاها أي الإقالة ارتفعت، وعاد عقد الإقالة لا إقالة السلم فإنَّه لا يصح.

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو البيع من البيوع اللازمة، وغير اللازمة، وما يرفعها شرع في بيان الأنواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة، والتولية وغيرهما **(المرابحة بيع ما شراه)** وفي الدرر بيع ما ملكه لم يقل بيع المشتري ليتناول ما إذا ضاع المغصوب عند الغاصب، وضمن قيمته، ثم وجده حيث جاز له أنْ يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وإن لم يكن فيه شراء **(بما شراه به)** أي بمثل ما قام عليه كما في الدرر ثم قال: ولم يقل بثمنه الأول لأنَّ ما يأخذه من المشتري ليس بثمنه الأول بل مثله فبهذا علم أنَّ في عبارة المصنف تسامحاً **(وزيادة)** على ما قام عليه وإنْ لم يكن من جنسه، وسبب جواز البيع مرابحة تعامل الناس بلا نكير واحتياج الغبيّ إلى الذكي مع أنَّ الغرض من المبيعات الاشترباح **(والتولية)** مصدر ولي غيره إذا جعله والياً وفي

. . . .

الولادة لإمكان جعلها بيعاً **(ولا يمنعها هلاك الثمن)** ولو في بدلي الصرف **(بل)** يمنعها **(هلاك المبيع)** ولو حكما كإباق **(وهلاك بعضه يمنع)** الإقالة **(بقدره)** اعتباراً للجزء بالكل وليس منه من لو شرى صابوناً فجف فتقايلا لبقاء كل المبيع كما في الفتح. **(وفروع)**: تصح إقالة المتولي لو خيرا وإلاَّ لا وتصح إقالة الإقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها ارتفعت وعاد البيع إلاَّ إقالة السلم فلا تقبل الإقالة.

باب المرابحة والتولية

لما بين المثمن شرع في الثمن ولم يذكر المساومة لظهورها **(المرابحة)** مصدر رابح وشرعاً **(بيع ما شراه بما شراه به)** أي بيع ما ملكه ولو بهبة أو إرث أو غصب، ونحوها بما قام عليه من الثمن أو غيره بقرينة ما يأتي **(وزيادة)** عليه معلومة من الربح وإن لم تكن من جنسه **(والتولية)** مصدر ولى غيره جعله

بيعه بأنقص منه ولا يصح ذلك ما لم يكن الثمن الأول مثلياً أو في ملك من يريد الشراء والربح معلوماً، ويجوز أن يضم إلى رأس المال أجرة القصارة، والصبغ والطراز والفتل

الشرع (**بيعه**) أي بيع ما ملكه (**به**) أي بمثل ما قام عليه، وفي عبارة المصنف تسامح أيضاً لأنَّ ما شراه وهو الثمن الأول صار ملكاً للبائع فلا يمكن البيع به وفيه أيضاً اشتباه لما سيجيء من أنَّ أجرة الصبغ وغيره تضم إلى الثمن الأول، فلا يكون الثاني مثلاً له في المقدار فيكون المراد بمثل الثمن الأول بما قام عليه، كما في شرح المجمع فعلى هذا لو قال المصنف: كما قال صاحب الدرر: لكان أولى فلا يحتاج إلى هذا التكليف تدبر (**بلا زيادة، ولا نقص**) والمراد بقوله: بيعه بيع العرض لأنَّ المرابحة والتولية لا تجوز إنَّ في بيع الصرف وعلة جواز البيع تولية ما رويَّ أنَّ أبا بكر رضي الله تعالى عنه اشترى بعيرين فقال له النبي عليه الصلاة والسلام، ولني أحدهما أي بعه بالتولية (**والوضيعة بيعه بأنقص منه**) أي مما قام عليه مبناها على الأمانة لأنَّ المشتري يأتمن البائع في خبره معتمداً على قوله: فيجب على البائع التنزه عن الخيانة، والتجنب عن الكذب لئلا يقع المشتري في غرور (**ولا يصح ذلك**) أي كل من التولية والمرابحة والوضيعة (**ما لم يكن الثمن الأول مثلياً**) كالدرهم، والدينار والكيلي والوزني لأنَّه لو لم يكن مثلياً كأشياء متفاوتة كالحيوانات، والجواهر يكون مرابحة بالقيمة، وهو مجهولة لأنّ معرفتها لا يمكن حقيقة فلا يجوز بيعه مرابحة وتولية إلاَّ إذا كان المشتري يرابحه ممن يملك ذلك بالبدل من البائع بسبب من الأسباب ومن ثمة قال: (**أو**) كان (**في ملك من يريد الشراء و**) يكون (**الربح معلوماً**) لانتفاء الجهالة وعبارة المجمع لا يصح ذلك حتى يكون العوض مثلياً أو مملوكاً للمشتري والربح مثلي معلوم انتهى، وفي البحر وتقييد الربح بالمثلى اتفاقي لجواز أنْ يرابح على عين قيمته مشار إليها، ولذا قال في الفتح أو بربح هذا الثوب، وقيد بكونه معلوماً للاحتراز عما إذا باعه «ده يازده» أي بربح مقدار عشرة دراهم على أحد عشرة دراهم فإنْ كان الثمن الأول عشرين كان الربح درهمي، وإن كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم لا يجوز، لأنَّه باعه برأس المال، وببعض قيمته، لأنَّه ليس من ذوات الأمثال كما في الهداية، وغيرها (**ويجوز أن يضم إلى رأس المال أجرة القصارة، والصبغ**) سواء كان أسود أو غيره (**والطراز**) بكسر الطاء وبالراء المهملتين وآخره زاي علم الثوب (**والفتل**) بفتح الفاء ما يصنع بأطراف الثياب بحرير أو

. . . .

والياً وشرعاً (**بيعه به**) أي بيع مالكه بما قام عليه (**بلا زيادة**) عليه (**ولا نقص**) عنه (**والوضيعة بيعه بأنقص منه و**) اعلم أنَّه (**لا يصح ذلك**) أي البيوع الثلاثة (**ما لم يكن الثمن**) أي العوض (**مثلياً أو في ملك من يريد الشراء و**) ما لم يكن (**الربح**) شيئاً (**معلوماً**) ولو قيمياً مشار إليه، كهذا الثوب لانتفاء الجهالة حتى لو باعه بربح «ده يازده» أي العشرة بأحد عشر لم يجز إلاّ أنْ يعلم بالثمن في المجلس فيخير. ذكره العيني في شرح المجمع وغيره (**يجوز أن يضم إلى رأس المال**) كل ما يزيد به قيمة العين مثل (**أجرة القصارة والصبغ**) بأي لون كان (**والطراز**) بالكسر علم الثوب (**والفتل والحمل وسوق الغنم و**) كذا

والحمل وسوق الغنم، والسمسار لكن يقول قام عليَّ بكذا لا اشتريته ولا يضم نفقته ولا أجر الراعي والطبيب والمعلم وبيت الحفظ فإن ظهر للمشتري خيانة في المرابحة خير

كتان **(والحمل)** أي أجرة حمل المبيع من مكان إلى مكان براً أو بحراً **(وسوق الغنم، والسمسار)** لأنَّ العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في إعادة التجار، والأصل فيه إنْ كل ما يزيد في المبيع أو قيمته كالصبغ والحمل يلتحق به، وما لا فلا وقيد بالأجرة لأنَّه لو فعل شيئاً من ذلك بيده لا يضمه.

وكذا لو تطوع متطوع بهبة أو بإعارة.

وكذا يضم تجصيص الدار وطي البئر وكرئ الأنهار، والقناة والمسناة والكراب، وكشخ الكروم وسقيها، والزرع وغرس الأشجار وفي البحر نقلاً عن المحيط يضم طعام المبيع إلاّ ما كان سرفاً وزيادة فلا يضم، وكسوته وكراه، وأجرة المخزن الذي يوضع فيه.

وأما أجرة السمسار والدلال فقال الزيلعي: إنْ كانت مشروطة في العقد تضم وإلاَّ فأكثرهم على عدم الضم في الأول، ولا تضم أجرة الدلال بالإجماع انتهى، وهو تسامح، فإن أجرة الأول تضم في ظاهر الرواية وفي الدلال قيل لا تضم، والمرجع العرف كما في الفتح **(لكن يقول)** بعد ضم أجرة هذه الأشياء **(قام عليَّ بكذا لا)** يقول: (اشتريته) بالإجماع تحرزاً عن الكذب.

وكذا إذا قوم الموروث، ونحوه يقول: ذلك، وكذا إذا رقم على الثوب شيئاً وباعه برقمه فإنه يقول برقمه: كذا **(ولا يضم نفقته)** أي نفقة نفسه أي البائع **(ولا)** يضم **(أجر الراعي والطبيب والمعلم وبيت الحفظ)** لعدم العرف بإلحاقه أطلق في التعليم فشمل تعليم العبد صناعة أو قرآناً أو شعراً أو غناءً أو عربية، وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنَّه ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال كما في الفتح، ولذا لا يلحق أجرة الرايض، والبيطار والفداء في الجناية، وجعل الآبق لندرته والحجامة والختان لعدم العرف.

وكذا لا يضم مهر العبد ولا يحط مهر الأمة لو زوجها، والذي يؤخذ في الطريق بطريق الظلم لا يضم إلاَّ في موضع جرت به العادة **(فإن ظهر للمشتري خيانة)** البائع **(في المرابحة)** أما

. . . .

(السمسار) المشروط أجرته في العقد على ما جزم به في الدرر والتنوير، والقهستاني ورجح في البحر الإطلاق.

(قلت): واعتبره العيني وغيره عادة التجار بالضم حتى لو عرف بينهم ضم الباج الذي يؤخذ في الطريق ضم كما في التنوير وغيره فليكن الضابط المعول عليه فليحفظ **(لكن يقول: قام عليَّ بكذا لا اشتريته بكذا)** لأنَّه كذب.

في أخذه بكل ثمنه أو تركه وفي التولية يحط من ثمنه قدر الخيانة وهو القياس في الوضيعة، وعند أبي يوسف يحط فيهما قدر الخيانة مع حصتها من الربح في المرابحة وعند محمد يخير فيهما فلو هلك قبل الرد أو امتنع الفسخ لزم كل الثمن إتفاقاً ومن شرى

بالبينة أو بإقرار البائع أو بنكوله عن اليمين وهو المختار، وقيل لا يثبت إلاّ بإقراره **(خير)** المشتري **(في أخذه بكل ثمنه)** وهو المسمىٰ **(أو تركه)** أي المبيع إنْ أمكن الترك **(و)** إنْ ظهر الخيانة **(في التولية يحط)** أي المشتري **(من ثمنه قدر الخيانة)** عند الإمام **(وهو)** أي الحط **(القياس في الوضيعة)** يعني إذا خان خيانة ينفي الوضيعة.

أما إذا كانت خيانة يوجد الوضيعة معها فهو بالخيار، وهذا قياس قول الإمام: لأنه لو اعتبر ما سماه من الثمن لما بقيَّ تولية لأنَّه زائد على الثمن الأول فينقلب مرابحة بخلاف المرابحة لأنَّه لو اعتبر فيه المسمىٰ لا يلزم الإنقلاب بل مرابحة كما كانت فاعتبر المسمى مع الخيار في خيانة المرابحة لفوت الرضىٰ ولم يعتبر في خيانة التولية لئلا تنقلب مرابحة فتعين الحط في خيانة التولية **(وعند أبي يوسف يحط فيهما)** أي في المرابحة، والتولية **(قدر الخيانة مع حصتها)** أي حصة الخيانة **(من الربح في المرابحة)** مثلاً إذا قال: اشتريت هذا الثوب بعشرة فباعه مرابحة بخمسة عشر.

ثم ظهر أنَّ البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة وهو درهمان ويحط من الربح ما يقابل قدر الخيانة وهو درهم واحد، فيأخذ الثوب باثني عشرة درهماً إذ لفظ التولية والمرابحة أصل فيبتني على العقد الأول لتحقق الأصل الذي هو التولية والمرابحة **(وعند محمد يخير)** بين أخذه بكل الثمن وتركه **(فيهما)** أي في المرابحة والتولية إذ الثمن المبتني على شرائه مجهول والثمن المسمى معلوم، والمعلوم أولى من المجهول فاعتبر فيهما المسمىٰ إلاَّ أنه **يخيّر** لما مر من عدم الرضىٰ **(فلو هلك)** المبيع بعد ظهور الخيار في المرابحة **(قبل الرد)** إلى البائع **(أو امتنع الفسخ)** بحدوث ما يمنع الرد **(لزم كل الثمن)** المسمىٰ وسقط الخيار **(إتفاقاً)** قال في الهداية: يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنَّه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية،

. . . .

وكذا إذا قوم الموزون ونحوه أو باع برقمه لو صادقاً في الرقم كما في الفتح **(ولا يضم)** ما لا يزيد به مثل **(نفقته ولا أجر الراعي)** والدلال **(والطبيب والمعلم)** لحصوله بدونه **(وبيت الحفظ)** بخلاف أجرة المخزن فإنها تضم ولعله للعرف وإلاَّ فلا فرق يظهر فتدبر. **(فإن ظهر للمشتري خيانة)** من البائع **(في المرابحة)** بالبينة أو بإقراره أو بنكوله **(خير)** المشتري **(في أخذه بكل ثمنه أو تركه)** لفوات الرضى **(وفي التولية يحط من ثمنه قدر الخيانة)** لتحقق التولية **(وهو القياس في الوضعية، وعند أبي يوسف يحط فيهما)** أي في المرابحة والتولية **(قدر الخيانة مع حصتها من الربح في المرابحة، وعند محمد يخير)** المشتري **(فيهما)** بين أخذه بكل ثمنه أو تركه **(فلو هلك)** المبيع أو استهلكه في المرابحة **(قبل الرد أو امتنع الفسخ)** بمانع **(لزم كل الثمن)** المسمى **(اتفاقاً)** وسقط خياره **(ومن شرى شيئاً بعشرة فباعه بخمسة**

شيئاً بعشرة فباعه بخمسة عشر، ثم شراه ثانياً بعشرة يرابح على خمسة وإن شراه ثانياً بخمسة لا يرابح، وعندهما يرابح على الثمن الأخير مطلقاً، وإن اشترى مأذون مديون بعشرة وباع من سيده بخمسة عشرة أو بالعكس يرابح على عشرة. والمضارب بالنصف

والشرط بخلاف خيار العيب لأنَّه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه انتهى، وفي الكافي، وعن محمد أنَّ المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على لبائع بثمن سلمه إليه بناء على أصله في إقامة القيمة مقام المبيع في التحالف انتهى فعلى هذا إنَّ قوله اتفاقاً ليس في محله تدبر، **(ومن شرىٰ شيئاً بعشرة فباعه بخمسة عشر، ثم شراه)** هذا الثوب **(ثانياً بعشرة يرابح على خمسة)** يعني يبيعه مرابحة على خمسة ويقول: قام علي بخمسة **(وإن شراه ثانياً بخمسة لا يرابح)** يعني إذا استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة أصلاً عند الإمام، **(وعندهما يرابح على الثمن الأخير مطلقاً)** سواء استغرق الربح الثمن كما في الثانية أولاً كما في الأولى لأنَّ الأخير عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تحلل ثالث بأنْ باعه المشتري من أجنبي ثم باعه الأجنبي من البائع ثم اشتراه الأول منه فإنَّه يبيعه مرابحة على الثمن الأخير وله أنْ شبهة حصول الربح الأول بالعقد الثاني ثابتة لأنَّه لا يتأكد به بعدما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً، ولهذا لا تجوز المرابحة فيما أخذه بالصلح لشبهة الحطيطة فيه كما في التبيين وفي البحر نقلاً عن المحيط إنَّ ما قاله الإمام أوثق وما قالاه: أرفق. **(وإن اشترى مأذون مديون بعشرة وباع من سيده بخمسة عشرة أو بالعكس)** بأنْ اشترى المولى بعشرة مثلاً وباعه من عبده المأذون المستغرق بالدين بخمسة عشر **(يرابح)** السيد في الأولى، والعبد في الثانية **(على عشرة)** فيقول: قام علي بعشرة لأنَّ هذا العقد وإنْ كان صحيحاً في نفسه فيه شبهة العدم لأنَّ العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه، فاعتبر عدماً في حق المرابحة وبقيَّ الإعتبار للبيع الأول فيصير كأنَّ العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني، فيعتبر الثمن الأول، والمكاتب كالمأذون لوجود التهمة بل كل من لا تقبل شهادة له كالأصول والفروع، وأحد الزوجين وأحد المتفاوضتين.

. . . .

عشر ثم شراه ثانياً بعشرة) من جنس الثمن الأول **(يرابح على خمسة)** فقط **(وإن شراه ثانياً بخمسة لا يرابح)** لأنَّ الربح قد استغرق ثمنه، وهذا عنده **(وعندهما يرابح على الثمن الأخير مطلقاً)** وهو أرفق وقوله: أوثق، ولو بين ذلك أو باع بخلاف الجنس أو تحلل ثالث جاز اتفاقاً كما في البحر. **(وإن اشترى مأذون مديون)** شيئاً **(بعشرة وباع)** هذا الشيء **(من سيده بخمسة عشر أو بالعكس يرابح على عشرة)** نفياً للتهمة.

وكذا كل من لا تقبل شهادته له إلاَّ إذا بين كما مر **(والمضارب بالنصف لو شرى)** شيئاً **(بعشرة**

لو شرى بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر يرابح رب المال على اثني عشر ونصف ويرابح بلا بيان لو أعورت المبيعة أو وطئت وهي ثيب أو أصاب الثوب قرض فأر أو حرق نار وإن فقئت عينها أو وطئت وهي بكر أو تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان

كذلك وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب وتقييده بالمديون إتفاقي ليعلم حكه بالأولى لوجود ملك المولى في اكتسابه كما في البحر، وفيه كلام لأنَّ التقييد ليس بإتفاقي بل لتحقق الشراء، قال الفقيه أبو الليث، فإنْ كان العبد لا دين عليه، فالشراء الثاني باطل لأنَّ العبد إذا كان لا دين عليه فماله لمولاه كما في أكثر الكتب تدبر هذا إذا لم يبين، أما إنْ بين أنَّه اشتراه من عبده المأذون أو من مكاتبه أو بين أنهما اشتريا من المولى، يجوز بيعهم مرابحة كما في النقاية فعلىٰ هذا لو قال: إلاَّ أن يبين لكان أولىٰ (**والمضارب بالنصف لو شرى**) بمال المضاربة شيئاً (**بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر يرابح رب المال على اثني عشر ونصف**) فيقول: قام علي باثني عشر ونصف هذا عندنا لأنَّ كل واحد منهما يستفيد ملك اليد بهذا العقد، وإنْ لم يستفد ملك الرقبة فيعتبر العقد مع شبهة العدم، لأنَّ المضارب وكيل عن رب المال في البيع الأول من وجه فجعل البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح وعند زفر لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولابيع المضارب منه لانعدام الربح لأنَّ الربح يحصل إذا بيع من الأجنبي إذ البيع تمليك مال بمال غيره وهو يشتري ماله بماله (**ويرابح**) من يريد المرابحة (**بلا بيان**) أي من غير بيان أنَّه اشتراه سليماً بكذا من الثمن، فتعيب عنده أما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشاً له للحديث الصحيح من غش فليس منا كما في البحر (**لو أعورت المبيعة**) بآفة سماوية، أو بصنع المبيعة (**أو وطئت وهيَّ**) والحال أنَّها (**ثيب**) ولم ينقصها الوطء سواء كان الواطىء مولاها أو غيره ولذا أتي بصيغة المجهول (**أو أصاب الثوب قرض فأر**) أي قطع فأر (**أو حرق نار**) لأنَّ جميع ما يقابله الثمن قائم إذ الفائت وصف فلا يقابله شيء من الثمن إذا فات بلا صنعه، ولذا لو فات في يد البائع قبل قبض المشتري لا يسقط باعتبار شيء من الثمن إلاَّ أنَّ المشتري بالخيار أخذه بكل الثمن أو تركه.

وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن، وعند زفر وهو قول الشافعي: ورواية عن أبي يوسف يجب البيان لأجل النقصان في صورة الإعورار.

أما في صورة وطء الثيب فلا خلاف، وقال أبو الليث: وقول زفر أجود وبه نأخذ ورجحه

. . . .

وباع من رب المال بخمسة عشر يرابح رب المال على اثني عشر ونصف) لأنَّ نصف الربح له (**ويرابح بلا بيان**) أنَّه شراه سليماً (**ولو أعورت المبيعة أو وطئت وهي ثيب**) ولم ينقصها الوطء (**أو أصاب الثوب قرض فأر أو حرق نار**) لأنَّ الأوصاف لا يقابلها الثمن ما لم تقصد بالإتلاف. وقال أبو يوسف وزفر والثلاثة: لا بد من بيانه. قال أبو الليث: وبه نأخذ رجحه في الفتح، وأقره في المنح والبرهان (**وإن فقئت عينها**) أخذ الإرش أولاً (**أو وطئت وهي بكر أو تكثر الثوب من طيه ونشره لزم البيان**) لصيرورة

وإن اشترى بنسيئة ورابح بلا بيان خير المشتري فإن أتلفه ثم علم لزم كل ثمنه وكذا التولية ولو اشترى ثوبين بصفقة كلاً بخمسة كره بيع أحدهما مرابحة بخمسة بلا بيان ومن ولي بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره فسد وإن علمه في المجلس خير.

في الفتح، وعن محمد أنَّه إنْ نقصه قدراً لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحةً بلا بيان ودل كلامه أنه لو نقص بتغيير السعر بأمر الله لا يجب عليه أنْ يعين بالأولى أنَّه اشتراه في حال غلائه، وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه، أو توسخ كما في البحر، **(وإن فقئت عينها)** بمباشرة الغير سواء فقأها المولى أو الأجنبي بأمر المولىٰ أو بدونه **(أو وطئت وهي بكر)** سواء كان الواطىء مولاها أو غيره **(أو تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان)** أي يبيعه مرابحة بشرط أنْ يبين العيب حيث احتبس عنده جزء بعض المبيع وهو العذرة والعين لأنَّ إزالة العذرة وإخراج العين عند كونها في ملكه فلا يملك بيع الباقي بكل الثمن مرابحة وتولية إذ الأوصاف إذا صارت مقصودة بالإتلاف صار بها حصة من الثمن بلا خلاف.

أما إذا فقأها الأجنبي فيجب البيان أخذ إرشها أولاً لأنَّه لما فقأ الأجنبي أوجب عليه ضمان الإرش، ووجوب ضمان الإرش سبب الأخذ الإرش فأخذ حكمه فما وقع في الهداية من التقييد بقوله وأخذ المشتري إرشه اتفاقي كما في الفتح وإنما قلنا بمباشرة الغير لأنَّه إذا فقأ بفعل نفس المبيع فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية **(وإن اشترى بنسيئة ورابح بلا بيان خير المشتري)** أي من اشترى ثوباً بعشرة نسيئة، وباعه بربح واحد حالاً ولم يبين ذلك، فعلم المشتري خيانته يصير مخيراً إنْ شاء رده وإنْ شاء قبله لأنَّ للأجل شبهاً بالمبيع ألا ترى أنَّه يزاد في الثمن لأجل الأجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة احتياطاً فصار كأنه اشترى شيئين، وباع أحدهما مرابحة بثمنهما، **(فإن أتلفه)** أي المشتري المبيع **(ثم علم لزم كل ثمنه)** المسمى إذ ليس له إلاَّ ولاية الرد ولا رد مع الإتلاف ولو عبر بالتلف لكان أولىٰ لأنَّ حكم الإتلاف يعلم من حكم التلف بالأولى بخلاف العكس كما في البحر، **(وكذا التولية)** يعني لو اشترى بنسيئة وولاه بلا بيان، ثم علم المشتري الخيانة خير، لأنَّ الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لابتنائها على الثمن الأول كما في الفرائد وغيره، لكن ينبغي أنْ يعود قوله: وكذا التولية إلى جميع ما ذكره للمرابحة فلا بد من البيان في التولية أيضاً كما في البحر **(ولو اشترى ثوبين بصفقة كلاً بخمسة كره بيع أحدهما مرابحة بخمسة بلا بيان)**، أي من غير بيان أنّه اشتراه بخمسة مع ثوب آخر لأنَّ الجيد قد يضم إلى الردي لترويجه، وهذا عند الإمام. وقالا لا يكره قيد بثوبين لأنَّ المشتري لو كان مما يكال أو يوزن أو يعد يجوز بلا كراهة إتفاقاً وقيد بقوله: بصفقة لأنَّه لو كانا بصفقتين

الأوصاف مقصودة بالإتلاف **(وإن اشترى بنسيئة ورابح بلا بيان خير المشتري)** فإن شاء قبل أو رده **(فإنْ)** تلف أو **(أتلفه ثم علم لزم كل ثمنه)** حالاً لأنَّ الأجل لا يقابل بالثمن حقيقة **(وكذا)** حكم **(التولية)** في جميع ما مر. وقال أبو جعفر المختار: للفتوى الرجوع بفصل ما بين الحال والمؤجل وأقره في البرهان، والبحر والمنح **(ولو اشترى ثوبين بصفقة)** واحدة **(كلاً بخمسة كره بيع أحدهما مرابحة بخمسة**

فصل

لا يصح بيع المنقول قبل قبضه ويصح في العقار خلافاً لمحمد. ومن اشترى كيلياً

يجوز أيضاً إتفاقاً، وقيد بكلا بخمسة إذ، لو بين ثمن كل واحدٍ منهما لا يكره اتفاقاً، وقيد بخمسة لأنَّه لو باعه بالزائد لا يجوز اتفاقاً، وقيد المرابحة ليس للاحتراز عن التولية لأنَّها في الحكم.

كذلك بل لأنَّه لو باعه مطلقاً لا يكره اتفاقاً (ومن ولي) أي باع شيئاً بالتولية (**بما قام عليه**) أو بما اشتراه (**ولم يعلم مشتريه قدره**) بكم قام عليه في المجلس (**فسد**) البيع لجهالة الثمن وكذا المرابحة، (**وإن علمه**) أي علم المشتري قدره (**في المجلس خير**) بين أخذه وتركه لأنَّ الفساد لم يتقرر، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس، فإنْ علم بعد التفريق يتقرر الفساد، وفي التنوير لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية ويفتي بالرد إن غره وإلاَّ لا، وتصرفه في بعض المبيع غير مانع منه.

فصـــل

في بيان البيع قبل قبض المبيع والتصرف في الثمن بالزيادة، والنقصان وغير ذلك، وجه إيراد الفصل ظاهر لأنَّ المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في بابها للإستطراد باعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد، (**لا يصح بيع المنقول قبل قبضه**) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما لم يقبض، ولأنَّ فيه غرر إنفساخ العقد على اعتبار الهلاك بخلاف هبته، والتصدق به وإقراضه قبل القبض من غير البائع، فإنَّه صحيح عند محمد على الأصح خلافاً لأبي يوسف، وأما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة، وللبائع حبسه بالثمن وإنْ نقده نفذت كما في التبيين، ولا خصوصية لها بل كان عقد تقبل النقض فهو موقوف.

وأما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز بدليل صحة تزويج الآبق، وأما الوصية به

. . . .

بلا بيان) أنَّه اشتراه مع ثوب آخر لجريان العامة بضم الجيد إلى الرديء لترويج الردي (**ومن ولي**) أي باع تولية (**بما قام عليه**) أو بما اشتراه به (**ولم يعلم مشتريه قدره**) أي قدر ما قام عليه (**فسد**) البيع لجهالة الثمن (**وإن علمه في**) المجلس خير (**المشتري إن شاء قبل، وإن شاء رد**) لزوال المفسد قبل تقرره.
(**فرع**): لا رد بغبن فاحش، وظاهر الرواية والصحيح أنَّه يفتي بالرد إذا وجد التغرير ولو من دلال وبدونه لا يفتي بالرد وأنَّ تصرفه بالبعض لا يمنع الرد، وهل ينتقل لوارثه خلاف حررته فيما عقلته على التنوير.

فصـــل

(**لا يصح بيع المنقول قبل قبضه**) ولو من بائعه كما في الجوهرة (**ويصح في العقار خلافاً لمحمد**) والمراد عقار لا يخشى هلاكه لندرة هلاكه حتى لو كان علواً أو على شط نهر، ونحوه كان كمنقول فلا

كيلاً لا يجوز له بيعه ولا أكله حتى يكيله وكفى كيل البائع بعد العقد بحضرته هو

قبل القبض فصحيحة اتفاقاً، وإطلاق البيع شامل للإجارة والصلح لأنَّه بيع، وقيد بالمنقول لأنَّه لو كان مهراً أو ميراثاً أو بدل الخلع أو العتق عن مال، أو بدل الصلح عن دم العمد يجوز بيعه قبل القبض بالإتفاق والأصل أنَّ عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه، فالتصرف فيه غير جائز، ومالاً فجائز كما في البحر (**ويصح في العقار**) أي **يصح بيع عقار لا يخشىٰ** هلاكه **قبل قبضه عند الشيخين** (**خلافاً لمحمد**) وهو قول زفر والشافعي: عملا بإطلاق الحديث واعتباراً بالمنقول ولهما إنَّ ركن البيع صدر عن أهله في محله ولا غرر فيه لأنَّ الهلاك بالعقار نادر حتى إذا تصورهلاكه قبل القبض لا يجوز بيعه، بأنْ كان على شط النهر أو كان المبيع علواً فعلىٰ هذا، لو قيد بلا يخشى هلاكه قبل القبض كما قيدنا لكان أولى تدبر بخلاف المنقول، والغرر المنهي غرر انفساخ العقد، والحديث معلول به عملاً بدلائل الجواز، وإنما عبر بالصحة دون النفاذ واللزوم لأنَّ النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن، أو رضي البائع وإلاَّ فللبائع إبطاله.

وكذا كل تصرف يقبل النقض إذا فعله المشتري قبل القبض أو بعده بغير إذن البائع، فللبائع إبطاله بخلاف ما لا يقبل النقض، كالعتق والتدبير والإستيلاد كما في البحر (**ومن اشترى كيلياً كيلاً**) أي بشرط الكيل (**لا يجوز له**) أي للمشتري (**بيعه ولا أكله حتى يكيله**) ثانياً لقوله عليه السلام: «إذا ابتعت فاكتل وإذا بعت فكل»[1]، والاحتمال الغلط في الكيل الأول إذ ربما ينقص أو يزيد فالزيادة للبائع، فيصير التصرف في مال الغير حراماً فيجب الاحتراز لكونه بخلاف ما إذا اشترى مجازفة لأنَّ الزيادة له ولم يذكر فساد البيع، ونص في الجامع الصغير على

. . . .

يصح اتفاقاً ككتابة وإجارة بخلاف عتقه وهبته ورهنه وإعارته من غير بائعه فإنَّ الأصح صحته. (**ومن اشترى كيلياً كيلاً**) أي بشرط الكيل (**لا يجوز له بيعه و**) لا (**أكله حتى**) يتم قبضه له وذلك بأن (**يكيله**) للنهي عنه، وقد صرحوا بفساده، وبأنَّه لا يقال لأكله أنَّه أكل حراماً لعدم التلازم كما في الفتح لكونه أكل ملكه (**وكفى كيل البائع بعد العقد**) لا قبله أصلاً (**بحضرته**) لا بعده بغيبته (**هو الصحيح ومثله**) أي مثل الكيلي فيما ذكر (**الوزني والعددي**) بشرط الوزن والعد إلاَّ الدراهم والدنانير، فلا يلزم وزنها ثانياً كبيع التعاطي لأنَّه بيع بالقبض وعليه الفتوى (**لا**) يحرم (**المذروع**) قبل ذرعه وإنْ اشتراه بشرطه إلاَّ إذا أفرد لكل ذراع ثمناً فيكون كموزون إلاَّ موزوناً يضره التبعيض كقمقمة لأنَّ الوزن حينئذ فيه وصف (**وصح التصرف**) بهبة أو بيع أو غيرهما (**في الثمن**) مكيلاً، أو موزوناً (**قبل قبضه**) فقبل كيله أولى لوجود المجوز وهو الملك وهذا لو عيناً أي مشار إليه، فلو ديناً، فالتصرف فيه تمليك ممن عليه الدين، ولو بعوض ولا يجوز من غيره ذكره ابن الملك، والحاصل جوز التصرف في الأثمان والديون كلها قبل قبضها سوى صرف وسلم لتقيده بجنسه، (**و**) صح أيضاً (**الحط منه**) أي من الثمن ولو بعد هلاك المبيع لكونه إسقاطاً أو يلحق بأصل العقد استناداً (**و**) صح (**الزيادة فيه**) ولو من غير جنسه في المجلس أو بعده

(١) أخرجه البخاري (بيوع، ٥١)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ٢٥٢.

الصحيح ومثله الوزني والعددي لا المذروع وصح التصرف في الثمن قبل قبضه والحط

فساده، وفي الفتح نقلاً على الجامع الصغير لو أكله، وقد قبضه بلا كيل، لا يقال أنَّه أكله حراماً لأنَّه أكل ملك نفسه إلاَّ أنَّه أثم لتركه ما أمر به من الكيل وكان هذا الكلام أصلاً في سائر المبيعات بيعاً فاسداً إذا قبضها فملكها فأكلها، وقد تقدم أنَّه لا يحل أكل ما اشتراه فاسداً، وهذا يبين أنْ ليس كل ما لا يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه أكل حراماً. **(وكفى كيل البائع بعد العقد بحضرته)** أي بحضرة المشتري لأنَّ المبيع صار معلوماً به، وتحقق التسليم و **(هو الصحيح)** رد لما قيل شرط كيلان كيل البائع بعد العقد بحضرة المشتري، وكيل المشتري قبل التصرف فيه، قيد ببعد العقد وبحضرة المشتري لأنَّه إذا كاله قبل العقد مطلقاً وبعده في غيبة المشتري لا يكون كافياً كما في البحر، **(ومثله)** أي مثل الكيلي **(الوزني والعددي)** غير الدراهم والدنانير أي لا يبيعه ولا يأكله حتى يزنه أو يعده ثانياً، ويكفي أن وزنه، أو عدده بعد البيع بحضرة المشتري، وفي المجتبي لو اشترى المعدود عداً كالموزون لحرمة الزيادة عليه هذا عند الإمام في أظهر الروايتين، وعنه أنه كالمذروع وهو قولهما: لأنَّه ليس من الربويات، فعلى هذا يلزم للمصنف التفصيل تدبر.

وإنّما قيدنا بغير الدراهم والدنانير لأنَّهما يجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كما في الإيضاح، هذا كله في غير بيع التعاطي، أما هو فلا يحتاج إلى وزن المشتري ثانياً وإن صار بيعاً بالقبض بعد الوزن، وفي الخلاصة وعليه الفتوى، **(لا المذروع)** أي لا يحرم بل يجوز بيعه، والتصرف فيه قبل إعادة الذرع بعض القبض لأنَّ الزيادة له إذ الذراع وصف في الثوب، واحتمال النقص إنما يوجب خياره وقد أسقط ببيعه بخلاف المقدر، وفي التبيين هذا إذا لم يسم لكل ذراع ثمناً وإن سميَّ فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع **(وصح التصرف في الثمن)** ببيع وهبة وإجارة ووصية وتمليك ممن عليه بعوض وغير عوض، **(قبل قبضه)** سواء كان مما لا يتعين كالنقود، أو مما يتعين كالمكيل، والموزون حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكر من الحنطة جاز أنْ يأخذ بدله شيئاً آخر لأنَّ المطلق للتصرف، وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الإنفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود بخلاف المبيع، كما في العناية وغيرها، لكن المدعي عام، وهو التصرف في الثمن قبل القبض جائز مطلقاً سواء كان مما لا يتعين، أو مما يتعين كما مر، والدليل، وهو انتفاء غرر الإنفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين فيكون الدليل أخص من المدعي تدبر **(والحط منه)** أي صح حط البائع بعض الثمن ولو بعض هلاك المبيع

. . . .

من المشتري أو وارثه كما في الخلاصة، ولفظ ابن الملك أو من أجنبي **(حال قيام المبيع)** القابل للمقابلة وقبل البائع في المجلس ولم يكن صرفاً **(لا)** تصح **(بعد هلاكه)** أو تدبيره أو قبوله بعد المجلس أو في الصرف ولو باعه، ثم اشتراه ثم زاد لم يجز على الظاهر لهلاكه حكماً فليحفظ. **(وكذا)** صح **(الزيادة)** من البائع **(في المبيع)** ولزمه دفعها لو في غير سلم وقبل المشتري ولو بعد هلاكه المبيع بخلاف

منه والزيادة فيه حال قيام المبيع لا بعد هلاكه وكذا الزيادة في المبيع ويتعلق الإستحقاق بكل ذلك فيرابح ويولي على الكل أنْ يزيد وعلى ما بقي أنْ حط والشفيع يأخذ بالأقل في

لأنَّه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطاً والإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق بأصل العقد استناداً وفيه إشارة إلى أنْ حط كل الثمن غير ملتحق بالعقد اتفاقاً، (و) صح (**الزيادة فيه**) أي في الثمن (**حال قيام المبيع**) إن قبل في المجلس حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت الزيادة كما في الهداية وغيرها، فعلى البائع هذا لو قيد به لكان أولى لأنَّه مما لا بد منه، (**لا بعد هلاكه**) أي المبيع في ظاهر الرواية إذ لو هلك المبيع أو تغير بتصرف المشتري فيه حتى خرج عن إطلاق اسمه عليه كبر طحن أو خرج عن محلية المبيع كعبد دبر، لا تجوز الزيادة إذ ثبوتها ملحوظ في مقابلة الثمن، وهو غير باقٍ على حاله فلم يتصور التقابل فيه، (**وكذا**) صح (**الزيادة في المبيع**) أو لزم البائع دفعها إنْ قبل المشتري، ذلك لأنَّه تصرف في حقه، وملكه ويلتحق بالعقد فيصير حصته من الثمن، حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء بعد هلاكها قبل القبض.

وكذا إذا زاد في الثمن عرضاً كما لو اشتراه بمائة وتقابضا، ثم زاد المشتري غرضاً قيمته خمسون، وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد في ثلاثة ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة في الثمن كما في البحر، وقال يعقوب باشا: وههنا كلام، وهو أنَّ الظاهر من الكافي أنَّ الزيادة بعد تلف المبيع سواء كانت في الثمن أو في المبيع تصح في رواية، ولا تصح في ظاهر الرواية لأنَّ الزيادة تغير العقد من وصف إلى وصف فتستدعي قيام العقد، وقيامه بقيام المبيع، وذكر في بعض شروح الجامع الصغير أنَّ الزيادة في المبيع أو الثمن إنما تجوز إذا كان المبيع قائماً ولا تجوز لو كان المبيع هالكاً فبين هذا وبين ما ذكر منافاة فليتأمل في التوفيق (**ويتعلق الإستحقاق بكل ذلك**) أي استحقاق البائع والمشتري بكل الثمن، والزائد والمزيد عليه فالزيادة والحط يلحقان بأصل العقد عندنا وقال: صدر الشريعة ويمكن أنْ يراد أنَّه إذا استحق مستحق المبيع أو الثمن فالإستحقاق يتعلق جميع ما يقابله من المزيد، والمزيد عليه فلا يكون الزائد صلة مبتدأة كما هو مذهب زفر والشافعي: انتهى واعترض عليه صاحب الدرر بأنَّه لا يمكن ذلك لأنَّ مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فإنْ ادعى المستحق مجرد المزيد عليه وأثبته أخذه، وإن ادعاه مع الزيادة، وأثبته أخذه، وكذا إنْ ادعى الزيادة فقط، ثم إن حكم الاستحقاق يظهر في التولية، والمرابحة فليتأمل (**فيرابح ويولي**) هذا

. . . .

الثمن ويلحق أيضاً بالعقد. وكذا يصح الحط من المبيع إن ديناً وإن عيناً لا لأن السقوط والإبراء إنما يصحان في الدين دون العين (**ويتعلق الاستحقاق**) لبائع أو مشتري أو شفيع (**بكل ذلك**) أي بكل الزائد

الفصلين ومن قال: بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن كذا من الثمن سوى الألف أخذ الألف من زيد والزيادة منه وإن لم يقل من الثمن فالألف على زيد ولا شيء عليه وكل دين أجل بأجل معلوم صح تأجيله إلاّ القرض إلاّ في الوصية ولا يصح التأجيل إلى

تفريع على صحة الزيادة، والحط وعلى إلحاقهما بأصل العقد **(على لكل أنْ يزيد وعلى ما بقيَّ أنْ حط)** لأنَّ كلاً من الزيادة والنقصان ملتحق بأصل العقد فتعتبر المرابحة والتولية بالنسبة إليه **(والشفيع يأخذ بالأقل في الفصلين)** أي فصل الزيادة على الثمن، وفصل الحط عنه وإن كان مكقتضى الإلحاق بالأصل أنْ يأخذ بالكل في صورة الزيادة لأنَّ حقه تعلق بالعقد الأول، وفي الزيادة إبطاله وليس لهما إبطاله **(ومن قال: بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن كذا)** أي مائة مثلاً **(من الثمن سوى الألف أخذ)** أي مولي العبد **(الألف من زيد والزيادة منه)** أي من الضامن لأنَّ الزيادة المشروطة جعلت من الأصل المقابل للمبيع فكأنّه التزم بعض ما ورد عليه العقد من الثمن، فيؤخذ منه **(وإن لم يقل من الثمن)** والمسألة بحالها **(فالألف على زيد)** لأنَّه ثمن العبد **(ولا شيء عليه)** من الثمن على المقابل لأنَّه لم يزد فإنْ قيل فكيف لا شيء عليه وعبارته صريحة بالضمان قلنا: مبني الكلام على أنَّه قال بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن سوى الألف فالضمان إذن غير متعلق بالثمن فلا شيء عليه من الثمن، هذه المسألة من تفاريع زيادة الثمن، وفي ذكرها فائدة جوازها من الأجنبي أيضاً ولهذا ذكرها المصنف في هذا الباب ولقد أصاب، ولم يذكر صاحب الهداية بل أوردها بعد السلم **(وكل دين أجل بأجل معلوم صح تأجيله)** وإنْ كان حالاً في الأصل لأنَّ المطالبة حقه فله أنْ يؤخره سواء كان ثمن مبيع أو غيره تيسيراً على من له عليه ألا ترى أنَّه يملك إبراءه مطلقاً، فكذا مؤقتاً ولا بد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطل التأخير فيكون حالاً ويصح تعليق التأجيل بالشرط كما في البحر **(إلاَّ القرض)** استثناء من قوله: وصح تأجيله أي فلا يصح تأجيله لكونه إعارة وصلة في الإبتداء، ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الإبتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الإنتهاء

. . . .

والمزيد عليه، فلو رد بنحو عيب رجع المشتري بالكل وحينئذ **(فيرابح ويولي على الكل أنْ يزيد وعلى ما بقي إن حط)** للحقوقهما بأصل العقد استناداً حتى يبطل حط الكل وأثر الإلتحاق في تولية ومرابحة، واستحقاق وهلاك وجنس مبيع، وفساد صرف. وكذا الشفعة في الحط فقط فلذا قال: **(والشفيع يأخذ بالأقل في الفصلين)** لا بالزيادة لما فيها من إبطال حقه الثابت وليس للغير إبطاله **(ومن قال: بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن كذا من الثمن سوى الألف أخذ)** أي مولى العبد **(الألف من زيد والزيادة منه)** أي من الضامن **(وإن لم يقل من الثمن فالألف على زيد)** لأنَّه ثمن العبد **(ولا شيء عليه)** أي على القابل وأصله صحة الزيادة في الثمن والمثمن والتحاقه بأصل العقد كما مر (و) اعلم أنَّ **(كل دين أجل بأجل معلوم)** فقد **(صح تأجيله)** أي قبل المديون **(إلاَّ)** في سبع بدلي قرض وسلم وثمن عند إقالة وبعدها، وما أخذ به الشفيع ودين الميت، والسابع **(القرض)** فلا يلزم تأجيله **(إلاَّ في)** أربع: **(الوصية)**

أجل مجهول متفاحش كهبوب الريح ويصح في المتقارب كالحصاد ونحوه.

لا يصح لأنَّه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا، وفي الظهيرية القرض المجحود يجوز تأجيله، وفصل صاحب التنوير مسألة القرض لكثرة الاحتياج إليها في المعاملات فقال القرض: هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لرد مثله وصح في مثلي لا في غيره، فصح استقراض الدراهم والدنانير، وكذا ما يكال أو يوزن أو يعد متقارباً فصح استقراض جوز وبيض ولحم، استقرض طعاماً بالعراق، فأخذه صاحب القرض بمكة، فعليه قيمته بالعراق يوم اقترضه عند أبي يوسف وعند محمد يوم اختصما، وليس عليه أنْ يرجع إلى العراق فيأخذ طعامه ولو استقرض الطعام ببلد فيه الطعام رخيص، فلقيه المقرض في بلد فيه الطعام غالٍ فأخذه الطالب بحقه ليس له أنْ يحبس المطلوب، ويؤمر المطلوب بأنْ يوثق به حتى يعطيه طعامه في البلد الذي استقرض فيه، استقرض شيئاً من الفواكه كيلاً أو وزناً فلم يقبضه حتى انقطع فإنَّه يجبر صاحب القرض على تأخيره إلى مجيء الحديث إلاَّ أنْ يتراضيا على القيمة، ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عند الشيخين خلافاً لأبي يوسف، أقرض صبياً فاستهلكه الصبي لا يضمنه.

وكذا المعتوه ولو عبداً محجوراً لا يؤاخذ به قبل العتق وهو، كالوديعة، استقرض من آخر دراهم فأتاه المقرض بها فقال: المستقرض ألقها في الماء فألقاها لا شيء على المستقرض، والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط، والفاسد فيها لا يبطله، ولكنه يلغو شرطه رد شيءٍ آخر فلو استقرض الدراهم المكسورة على أن يؤدي صحيحاً كان باطلاً، وكان عليه مثل ما قبض (**إلاَّ في الوصية**) فهو استثناء من المستثنى يعني إذا أوصي أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة يجوز من الثلث، ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة، لأنَّه وصيةٌ بالتبرع، والوصية يتسامح فيها نظراً للموصية، ألاَّ ترى أنَّها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم (**ولا يصح التأجيل إلى أجل مجهول متفاحش**) الجهالة (**كهبوب الريح**) ونزول المطر مثلاً (**ويصح في المتقارب كالحصاد ونحوه**) كما جاز ذلك في الكفالة.

. . . .

بأن أوصي أنْ يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة أو أوصي بتأجيل قرضه على زيد سنة، أو إحالة على مديون مؤجل دينه أو أجله المقرض أو كان مجحوداً، أو حكم مالكي بلزومه بعد ثبوت أصل الدين عنده. (**قلت**): والحاصل أنَّ تأجيل الدين على ثلاثة أوجه باطل في بدلي صرف وسلم، وصحيح غير لازم في قرض، وإقالة وشفيع، ودين ميت ولازم فيما عدا ذلك وتمامه فيما علقته على التنوير (**ولا يصح التأجيل إلى أجل مجهول متفاحش كهبوب الريح**) ومجيء المطر (**ويصح في المتقارب كالحصاد ونحوه**) تيسيراً على المديون وقد تقدم في الباب قبله.

باب الربا

هو فضل مال خال عن عوض شرط لأحد العاقدين في معاوضة مال بمال وعلته القدر

باب الربا

وجه مناسبته للمرابحة إنَّ في كل منهما زيادة إلاَّ أنَّ تلك حلال، وهذه حرام والحل هو الأصل في الأشياء، فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه، والربا بكسر الراء والقصر اسم من الربو بالفتح، والسكون فلامه واو ولذا قيل في النسبة ربوي، وفتحها خطأ، وفي المصباح الربا الفضل، والزيادة وهو مقصور على الأشهر، وليس المراد مطلق الفضل بالإجماع، وإنما المراد فضل مخصوص فلذا عرفه شرعاً بقوله: **(هو فضل مال)** أي فضل أحد المتجانسين على الآخر بالمعيار الشرعي، أي الكيل أو الوزن ففضل قفيزي شعير على قفيزي بر لا يكون ربا **(خال)** ذلك الفضل **(عن عوض)** قيد به ليخرج بيع بر وكر شعير بكري بر وكري شعير فإنَّ للثاني فضلاً على الأول لكنه غير خالٍ عن العوض يصرف الجنس إلى خلاف جنسه بأنْ يباع كر من بر بكري شعير، وكر شعير بكري بر، **(شرط)** جملة فعلية صفة لفضل مالٍ أي شرط ذلك الفضل **(لأحد العاقدين)** أي البائعين أو المقرضين أو الراهنين، للاحتراز عما إذا شرط لغيرهما. وفي الإصلاح في أحد البدلين ولم يقل لأحد العاقدين لأنَّ العاقد قد يكون وكيلاً، وقد يكون فضولياً، والمعتبر كون الفضل للبائع أو للمشتري انتهى لكن عقد الوكيل عقد للموكل، وعقد الفضولي يتوقف على قبول المالك فيصير العاقد حقيقة الموكل أو المالك، فلا حاجة إلى التبديل تدبر **(في معاوضة مال بمال)** قيد بها للإحتراز عن هبة بعوض زائد، ويدخل فيه ما إذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن كالاستخدام، والركوب والزراعة واللبس وأكل الثمر فإنَّ الكل ربا حرام كما في القهستاني **(وعلته)** لوجوب المماثلة التي يلزم عند فواتها الربا. وفي اصطلاح الأصوليين العلة ما يضاف إليه ثبوت الحكم بلا واسطة فخرج الشرط لأنَّه لا يضاف إليه ثبوته، والسبب والعلامة وعلة العلة لأنَّها بالواسطة **(القدر)** لغة كون شيءٍ مساوياً

. . . .

باب الربا

هو لغة تطلق الزيادة وشرعاً **(فضل)** ولو حكماً فدخل ربا النسيئة، والبيوع الفاسدة فكلها من الربا فيجب رد عين الربا لو قائماً لا رد ضمانه لأنَّه يملكه بالقبض **(خال عن عوض)** خرج مسألة صرف الجنس بخلاف جنسه **(شرط)** صفة أخرى تركه أولى لأنَّه يشعر بأنَّ تحقق الربا يتوقف عليه، وليس كذلك والحد لا يتم بالغاية. ذكره القهستاني **(لأحد العاقدين)** كبائعين ومقرضين وراهنين فلو شرط لغيرهما فليس بربا بل بيعاً فاسداً **(في معاوضة مالٍ بمال)** فليس الفضل في الهبة رباً وإنْ شرط عوضاً زائداً بخلاف معاوضة مالٍ بمال وبخلاف شرط الانتفاع بالرهن بنحو استخدام، ولبس وزرع أرض وأكل ثمر، وشرب لبن فإنَّ الكل ربا حرام كما في الجوهرة والنتف، وأقره القهستاني. **(قلت)**: وزاد في الدرر والتنوير بمعيار شرعي وهو الكيل والوزن، فليس في الذرع والعد ربا وقيد القهستاني الفضل

والجنس فحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه متفاضلاً أو نسيئة ولو غير مطعوم كالجص والحديد وحل متماثلاً بعد التقابض أو متفاضلاً غير معير كخفنة بخفنتين وبيضة ببيضتين

لغيره بلا زيادة ولا نقصان وشرعاً التساوي في المعيار الشرعي الموجب للمماثلة الصورية، وهو الكيل والوزن، (**والجنس**) أي مع اتحاد الجنس في العوضين فالعلة مجموع الوصفين عندنا لأنَّ الأصل فيه الحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد»[1]، والفضل ربا، وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة أي بيعوا مثلاً بمثل أو بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وإعرب بإعرابه ومثل خبره ولما كان الأمر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب إلى رعاية المماثلة كما في قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣]، حيث صرف الإيجاب إلى القبض فصار شرطاً للرهن والمماثلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى معاً، والقدر يسوي الصورة كما بيناه، والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل الذي هو الربا، ولا يعتبر الوصف لقوله عليه الصلاة والسلام: «جيدها ورديها سواء» (**فحرم**) تفريع على كون العلة القدر والجنس (**بيع الكيلي والوزني بجنسه**) كبيع الحنطة بالحنطة، والذهب بالذهب مثلاً (**متفاضلاً**) لوجود الربا في ذلك (**أو نسيئة**) أي بأجل لما في ذلك شبهة الفضل إذ النقد خير (**ولو**) وصلية (**غير مطعوم**) خلافاً للشافعي فإنَّ علة الربا عند الطعم في المطعومات، والثمنية في الأثمان، والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده إلاَّ عند وجود الجنسية (**كالجص**) من المكيلات (**والحديد**) من الموزونات، والطعم غير معتبر عندنا (**وحل**) بيع ذلك (**متماثلاً بعد التقابض أو متفاضلاً غير معير**) أي بغير عيار (**كخفنة بخفنتين**) لإنتفاء جريان الكيل وما دون نصف صاع فهو في حكم الخفنة لأنَّه لا تقدير للشرع بما دونه.

وأما إذا كان أحد البدلين يبلغ حد نصف الصاع أو أكثر، والآخر لم يبلغه فلا يجوز كما في العناية (**وبيضة ببيضتين وثمرة بثمرتين**) وحاصله أنَّ ما لا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن، أما لقلته كالخفنة والخفنتين والثمرة والثمرتين.

....

الشرعي وهو فضل الحلول على الأجل والعين على الدين، فليس بيع ثوب ببر نسيئة، أو كر بر وشعير بكر بر، وشعير أو مائة بمائة ودانق أو خفنة بخفنتين أو ذراع بذراعين نقداً ربا شرعاً (**وعلته**) أي علة وجوب التساوي، وتحريم الزيادة (**القدر**) المعهود بكيل أو وزن (**والجنس**) الشرعي فلحم البقر والغنم جنسان، (**فحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه متفاضلاً أو نسيئة**) ولو بالتساوي (**ولو غير مطعوم كالجص**) كيلاً (**والحديد**) وزناً (**وحل متماثلاً مع التقابض، أو متفاضلاً غير معير**) بالمعيار الشرعي (**كخفنة**) بر (**بخفنتين**) وثلاث وخمس ما لم يبلغ نصف صاع (**وبيضة ببيضتين وثمرة بثمرتين**) وفلس بفلسين أو أكثر

---

(١) أخرجه مسلم (مساقاة، ٨٣)، والترمذي (بيوع، ٢٣)، والنسائي (بيوع، ٤٢)، وابن ماجه (تجارات، ٤٨)، وأحمد بن حنبل (٢، ٢٣٢)، ١/ ٥٢٢.

وثمرة بثمرتين فإن وجد الوصفان حرم الفضل والنسأ وإنَّ عدماً حلاً وإن وجد أحدهما فقط حل التفاضل لا النسأ فلا يصح سلم هروى في هروى ولا بر في شعير وشرط

وأما لكونه عددياً لا يباع بالمعيار الشرعي كالبيضة والبيضتين والجوزة والجوزتين يحل البيع متفاضلاً لعدم جريان القدر، والمعيار فلا يوجد المساواة فلم يتميز الفضل وبقيَّ على الأصل وهو الحل عندنا خلافاً للشافعي لوجود علة الحرمة وهيَّ الطعم مع عدم المخلص، وهو المساواة فيحرم لأنَّ الأصل عنده الحرمة **(فإن وجد الوصفان)** أي الكيل أو الوزن مع الجنس **(حرم الفضل)** كقفيز بر بقفيزين منه **(و)** حرم **(النسأ)** ولو مع التساوي كقفيزين بقفيزين منه أحدهما أو كلاهما نسيئة لوجود العلة **(وإنْ عدما)** أي كل منهما **(حلا)** أي الفضل والنسأ لعدم العلة الموجبة المحرمة إذ الأصل الجواز والحرمة بعارض، فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة **(وإنْ وجد أحدهما فقط حل التفاضل)** كما إذا بيع قفيز حنطة بقفيزي شعير يداً بيد، حل الفضل، فإنَّ أحد جزئي العلة وهو الكيل موجود هنا دون الجزء الآخر وهو الجنسية وأنَّ بيع خمسة أذرع من الثوب الهروي بستة أذرع منه يداً بيد حلَّ أيضاً لأنَّ الجنسية موجودة دون القدر **(لا النسأ)** أي لا يحل النسأ في هاتين الصورتين ولو بالتساوي، وذلك لأنَّ جزء العلة وإنْ كان لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة في الربا والشبهة في باب الربا ملحقة بالحقيقة، لكنها أدون من الحقيقة فلا بدَّ من اعتبار الطرفين، ففي النسيئة أحد البدلين معدوم، وبيع المعدوم وغير جائز فصار هذا المعنى مرجحاً لتلك الشبهة فلا يحل، وفي غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لما قلنا: أنَّ الشبهة أدون من الحقيقة على أنَّ المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد يؤيد»[1]، ما قلنا، وعند الشافعي إنَّ الجنس بانفراده لا يحرم النسأ كما في شرح الوقاية ثم فرعه بقوله: **(فلا يصح سلم هروي في هروي)** لوجود الجنس، والنسأ في المسلم فيه **(ولا)** سلم **(بر في شعير)** لوجود القدر مع النسأ **(وشرط التعيين والتقابض)** في المجلس **(في الصرف)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «الفضة بالفضة هاء وهاء»[2]، معناه خذ يداً بيد، والمراد به القبض كنيَّ بها عنه لأنها آلته **(و)** شرط **(التعيين فقط في غيره)** أي في غير عقد الصرف من الربوايات ولا يشترط التقابض في بيع الطعام بمثله عيناً

. . . .

بأعيانهما **(فإنْ وجد الوصفان حرم الفضل والنسأ وإن عدما حلاً وإنْ وجد أحدهما فقط حل التفاضل لا النسأ)** وحينئذ **(فلا يصح سلم هروي في هروي)** لوجود الجنسية **(ولا)** سلم **(بر في شعير)** لحرمة النسأ

---

(١) أخرجه أبو داود (بيوع، ١٢)، والترمذي (بيوع، ٢٣)، والنسائي (بيوع، ٥٠)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٣/ ٢٢٢.

(٢) أخرجه مسلم (مساقاة، ٨١، ٨٢، ٨٤)، والترمذي (بيوع، ٢٣)، والنسائي، ٤٤، ٤٦)، والدارمي (بيوع، ٤١)، وأحمد بن حنبل (٢، ٤٢٧، ٣، ١٠، ٤٩، ٥٠، ٦٦، ٩٣، ٩٦، ٢٦٢، ٥، ٢٧١، ٢٩٨، ٣١٩، ٣٢٠)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٥/ ١٥٢.

التعيين والتقابض في الصرف والتعيين فقط في غيره وما نص على تحريم الربا فيه كيلاً فهو كيلي أبداً كالبر والشعير والتمر والملح أو على تحريمه وزناً فهو وزني أبداً كالذهب والفضة ولو تعورف بخلافه وما لا نص فيه حمل على العرف كغير الستة المذكورة، فلا

حتى لو باع براً ببر بعينها، وتفرقاً قبل القبض جاز عندنا خلافاً للشافعي، وإنما قلنا: بمثله إذ التفاضل لا يجوز اتفاقاً وإنما قلنا عيناً إذ لو لم يكن معيناً لا يجوز اتفاقاً، أما عندنا فلعدم العينية، وأما عنده فلعدم القبض وللشافعي قوله عليه الصلاة والسلام: «الطعام بالطعام يداً بيد»[1]، ولأنَّه لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض فيوجد في القبض الأول مزية فتحقق شبهة الربا، ولنا أنَّه مبيع متعين فلا يشترط فيه كالثوب وهذا لأنَّ الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن في التصرف فيه فيترتب ذلك على التعين بخلاف الصرف، لأنَّ القبض فيه ليتعين به، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيد عيناً بعين»، لما رواه عبادة بن الصامت.

كذا وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في مال عرفاً بخلاف النقد والأجل (**وما نص**) على صيغة المجهول (**على تحريم الربا فيه كيلاً فهو كيلي أبداً كالبر والشعير والتمر والملح أو**) أنْ نص (**على تحريمه**) أي تحريم الربا فيه (**وزناً فهو وزني أبداً كالذهب والفضة ولو**) وصلية (**تعورف بخلافه**) لأنَّ النص قاطع وأقوى من العرف، والأقوى لا يترك بالأدنى (**وما لا نص فيه**) أي في كونه كيلياً أو وزنياً (**حمل على العرف كغير الستة المذكورة**) من البر إلى الفضة لأنَّ

. . . .

بأحد الوصفين (**وشرط التعيين**) للمبيع (**والتقابض**) للعوضين (**في**) مجلس عقد (**الصرف و**) شرط (**التعيين فقط في غيره**) دون التقابض (**وما نص**) الشارع (**على تحريم الربا فيه كيلاً فهو كيلي أبداً**) وذلك (**كالبر والشعير والتمر والملح أو على تحريمه وزناً فهو وزني أبداً**) وذلك (**كالذهب والفضة**) فهذه الأشياء السنة برواية الستة.

كذلك فالكاف استقصائية فلا تتغير أبداً (**ولو**) وصلية (**تعورف بخلافه**) لأنَّ النص أقوى من العرف، فلا يترك الأقوى بالأدنى، وعن أبي يوسف أنَّ المنصوص بغير تغيير العرف لأنَّه إنما كان مكيلاً أو موزوناً في زمنه عليه الصلاة والسلام للعرف، والتنصيص على أحدهما باعتباره وقد تغير كما في البرهان ورجحه في الفتح وأقره في المنح وغيرها. (**قلت**): وخرج عليه سعدي أفندي في استقراض الدراهم عدداً، وبيع الدقيق وزناً في زماننا، يعني بمثله وفي الكافي وغيره الفتوى على عادة الناس وأقره في البحر والمنح (**وما لا نص فيه حمل على العرف**) أي عرف زمانه عليه الصلاة والسلام: أو زماننا وذلك (**كغير الأشياء الستة المذكورة**) سابقاً، فالأموال الربوية غير مقصورة على الستة فما عرف كيله ووزنه بالنص من الستة.

---

(١) أخرجه مسلم (مساقاة، ٩٣)، وأحمد بن حنبل (٦، ٤٠٠)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٣/ ٥٥٢.

يجوز بيع البر بالبر متماثلاً وزناً ولا الذهب بالذهب متماثلاً كيلاً، وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين خلافاً لمحمد، ويجوز بيع الكرباس بالقطن وبيع اللحم بالحيوان وعند محمد لا يجوز بيعه بحيوان جنسه حتى يكون اللحم أكثر مما في الحيوان من اللحم

الشرع اعتبر عادة الناس لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله تعالى حسن»[1]. وقال الشافعي: هو محمول على عادة أهل الحجاز في عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام قلنا: ذلك في نصاب الزكاة، والكفارات لأنَّ الأمة اجتمعت على خلاف ذلك في البياعات، وعن أبي يوسف أنَّه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه، أيضاً لأنَّ النص على ذلك بمكان العرف، وقد تبدل فيتبدل حكمه، وقال المولي سعدي: استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أنْ يكون مبنياً على هذه الرواية ثم فرعه بقوله: (**فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلاً وزناً**) لأنَّ البر كيلي شرعاً لا وزني (**ولا**) يجوز بيع (**الذهب بالذهب متماثلاً كيلاً**) لأنَّ الذهب وزني لا كيلي وإن تعارفوا ذلك لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه (**وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين**) عند الشيخين (**خلافاً لمحمد**) بيع الفلس بجنسه متفاضلاً يحتمل وجوهاً، الأول أن يكون كلاهما في البيع معيناً، الثاني أن يكون المبيع معيناً والثمن غير معين، الثالث عكس الثاني، الرابع أنْ يكون كل منها غير معين، والكل فاسد سوى الوجه الأول له أنَّ الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين، ولهما إنَّ الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما، إذ لا ولاية للغير عليهما، وتبطل باصطلاحهما، وإذا بطلت تتعين بالتعيين بخلاف النقود لأنَّها للثمنية خلقه (**ويجوز بيع الكرباس بالقطن**)، وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنساً لأن الثوب لا ينقض ليعود غزلاً أو قطناً، والكرباس الثياب من الملحم، والجمع كرابيس كما لو باع

. . . .

فكذلك أبداً وأما ما لا نص فيه فما عرف كيله ووزنه على عهده عليه السلام فكذلك وإنْ خالف عرفنا، وما لم يعرف فالمعتبر عرفنا واعتبر أبو يوسف عرفنا، ولو كيلياً أو وزنياً على عهده عليه السلام كما في القهستاني عن المحيط. (**قلت**): وظاهره تخصيص قول الثاني بالقسم الثاني وظاهر ما مر اعتباره لعرفنا مطلقاً فتدبر ومفاده جواز كون الشيء كيلياً أو وزنياً أي لو تعارفوهما وليس بكيلي ووزني كالماء، وعند الشيخين أنَّه كيلي أو وزني كما في الخزانة وأنَّه لا ربا في حيوان وذرعي وعددي نقداً فجاز بيع مائة جوزة بمائتين منه كما مر، وفرع على ما نص فقال: (**فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلاً وزناً ولا الذهب بالذهب متماثلاً كيلاً**) لمخالفة النص. (**قلت**): ويتأتى فيه خلاف أبي يوسف فتبصر (**وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين**) لأنَّ الثمن بالاصطلاح وقد بطل بمثله، ولو كلاهما أو أحدهما غير معين لم يجز اتفاقاً (**خلافاً لمحمد**) فحرمه ورجحه الكمال وغيره. (**ويجوز بيع الكرباس بالقطن**) مطلقاً

---

(١) أخرجه أحمد بن حنبل (١، ٣٧٩)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ٤٦٨.

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلاً كيلاً لا بالسويق أصلاً خلافاً لهما ويجوز بيع الرطب بالتمر والعنب والزبيب متماثلاً خلافاً لهما وكذا بيع البر رطباً أو مبلولاً بمثله أو باليابس

القطن بغزله، فإنَّه يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد: وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا متساوياً وقول محمد: أظهر وفي الحاوي وهو الأصح ولو باع قطناً غير محلوج بمحلوج جاز إذا علم أنَّ الخالص أكثر مما في الآخر وإلاَّ لا يجوز. ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد أنْ يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذي في القطن (و) يجوز (**بيع اللحم بالحيوان**) عند الشيخين (**وعند محمد**) وهو قول الشافعي (**لا يجوز بيعه**) أي بيع اللحم (**بحيوان جنسه حتى يكون اللحم أكثر مما في الحيوان**) ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقي (**من اللحم**) بمقابلة السقط كالجلد والكرش والأمعاء والطحال، لأنهما جنس واحد، ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة.

فكذا متفاضلاً كالزيت بالزيتون وهو القياس، ولهما أنَّ الحيوان ليس لحمه بمال ولا ينتفع به انتفاع اللحم، وماليته معلقة بالذكوة فيكون جنساً آخر بخلاف الزيت والزيتون، وهو الاستحسان قيد باللحم لأنَّه لو باع أحد الشاتين المذبوحتين الغير المسلوختين بالأخرى جاز اتفاقاً بأنْ يجعل لحم كل منهما بجلد الآخر، ولو كانتا مسلوختين يجوز إذا تساويا وزناً ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز اتفاقاً وموضع الخلاف بيع اللحم من جنس ذلك الحيوان (**ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلاً كيلاً**) لا متفاضلاً لإتحاد الاسم والصورة والمعنى، وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر، وقيده ابن الفضل بما إذا كانا مكبوسين، وإلاَّ لا تجوز خلافاً للشافعي لعدم الاعتدال في دخوله الكيل لأنَّه منكبس، وممتلىء جداً وقوله: كيلاً احتراز عن الوزن لأنَّ فيه روايتين، وعن الجزاف، وإشارة إلى نفي قول الشافعي (**لا**) يجوز بيع الدقيق (**بالسويق**) أي أجزاء حنطة مقلية والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية (**أصلاً**) أي لا متفاضلاً ولا متساوياً عند الإمام لأنَّه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة، فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة وبيع المقلية، والسويق متساوياً جائز لاتحاد الاسم (**خلافاً لهما**) أي قالا يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس، ولكن يداً بيد لأنَّ

. . . .

لاختلافهما جنساً (**وبيع اللحم**) المفصول (**بالحيوان**) ولو من جنسه عندهما (**وعند محمد لا يجوز بيعه بحيوان جنسه حتى يكون اللحم أكثر مما في الحيوان من اللحم**) ليكون الزائد بإزاء السقط، ولو باع مذبوحة بحية أو مذبوحة جاز اتفاقاً كمسلوختين تساويا وزناً بخلاف المختلفة كما يأتي. (**ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلاً كيلاً**) لو مكبوسين وإلاَّ لم تجز ولو وزن ففيه روايتان، (**لا**) الدقيق (**بالسويق**) هو دقيق البر المقلي (**أصلاً**) ولو متساوياً لعدم المسوى فيحرم لشبهة الربا، (**خلافاً لهما ويجوز بيع الرطب**) **بالرطب** متماثلاً، وكذا بيع الرطب (**بالتمر والعنب بالزبيب متماثلاً**) كيلاً لا وزناً خلافاً للعيني في الحال، لا في المآل (**خلافاً لهما وكذا**) يجوز (**بيع البر رطباً أو مبلولاً بمثله أو باليابس والتمر أو الزبيب**

والتمر والزبيب منقعين بمثلهما متساوياً خلافاً لمحمد ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلاً وكذا اللبن والجاموس مع البقر جنس واحد، وكذا المعز مع

القدر يجمعهما (**ويجوز بيع الرطب**) بالرطب متماثلاً خلافاً للشافعي، وكذا يجوز بيع الرطب (**بالتمر والعنب بالزبيب متماثلاً**) عند الإمام لأنَّ الرطب، والتمر متجانسان بالذات لا بالصفات فيدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام: «التمر بالتمر مثل بمثل» وإنْ لم يتجانس على زعم المخالف يجوز أيضاً لدخوله تحت قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد»[1]، (**خلافاً لهما**) لانتقاص الرطب بالجفاف، وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف (**وكذا**) يجوز (**بيع البر رطباً**) بفتح الراء وسكون الطاء (**أو مبلولاً بمثله أو باليابس و**) بيع (**التمر والزبيب منقعين بمثلهما متساوياً**) حال من الجميع يعني يجوز بيع البر رطباً أو مبلولاً بمثله أو باليابس وبيع التمر والزبيب منقعين بمثلهما متساوياً عند الشيخين لأنَّ حال المبيع معتبر وقت العقد فيعتبر التساوي فيه اختلفت الصفة أو لم تختلف (**خلافاً لمحمد**) في جميع ذلك لأنَّه اعتبر التساوي في الحال والمآل، وترك أبو يوسف الأصل الذي هو تحقق التساوي حال العقد في بيع الرطب بالتمر وكان مع محمد لحديث النبي عليه الصلاة والسلام أنَّه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال النبي عليه الصلاة والسلام: «أو ينقص إذا جف» فقيل: نعم، قال: «لا» فبقيَّ الباقي على القياس (**ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلاً**) نقداً (**وكذا اللبن**). وعن الشافعي أنهما جنس واحد لاتحاد المقصود فلا يجوز إلاَّ متساوياً ولنا الأصول مختلفة حتى لا يضم بعضها إلى بعض في الذكوة فكذا أجزاؤها، وقيدنا بالنقد لأن بيعه نسيئة غير جائز بالإتفاق (**والجاموس مع البقر جنس واحد، وكذا المعز مع الضأن، والبخت مع**

. . . .

منقعين بمثلهما متساويا) كيلاً (**خلافاً لمحمد**) فإنَّه شرط العلم بتساويهما بعد الجاف واليبس. ذكره القهستاني معزياً للظهيرية. (**قلت**): وفي العناية كل تفاوت خلقي كالرطب والتمر والجيد والردي فهو ساقط الإعتبار، وكل تفاوت يصنع العباد كالحنطة بالدقيق، والحنطة المقلية بغيرها يفسد وسيتضح، وقولهم: الرطب ينكبس أكثر من التمر قلنا: هذا التفاوت نشأ من الصفات الفطرية وأنَّه موضوع عنا لمجيئه من قبل صاحب الحق بخلاف ما إذا جاء من جهة العبد كما في الاختيار (**ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلاً**). وعن أبي حنيفة: اللحم إذا طبخ خرج من الوزن وجاز التفاضل كما في لحم الطير لأنَّه لا يوزن عادة حتى لو وزن لم يجز. ذكره الزيلعي وفي الفتح لحم الدجاج والأوز وزني في عادة مصر. (**قلت**): لكن في النهر لعله في زمانه أما في زماننا فلا، والحاصل أنَّ الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو يتبدل الصفة فليحفظ (**وكذا اللبن**) كاللحم فيما ذكر (**والجاموس مع البقر جنس واحد، وكذا المعز من الضأن والبخت مع العراب**) لما ذكرنا (**ويجوز بيع خل العنب بخل**

---

(١) أخرجه أبو داود (بيوع، ١٢)، والترمذي (بيوع، ٢٣)، والنسائي (بيوع، ٥٠)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٣/ ٢٢٢.

الضأن، والبخت مع العراب ويجوز بيع خل العنب بخل الدقل متفاضلاً وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم والخبز بالبر أو الدقيق أو السويق وإنْ أحدهما نسيئة به يفتىٰ ولا يجوز بيع الجيد بالرديء إلاّ متساوياً وكذا البسر بالتمر ولا البر بالدقيق أو بالسويق أو بالنخالة مطلقاً ولا بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج

العراب) فلا يجوز بيع لحم البقر بالجاموس متفاضلاً لاتحاد الجنس بدليل الضم في الذكوة للتكميل، فكذا أجزاؤهما ما لم يختلف المقصود، كشعر المعز وصوف الضأن فإنهما جنسان، فإنْ قلت: لم جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلاً مع أنَّه جنس واحد، ولم يتبدل بالصفة قلنا: إنما جاز لأنَّه غير موزون عادة فلم يكن مقدراً فلم توجد العلة فحاصله أنَّ الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو بتبدل الصفة. وفي الفتح ينبغي أنْ يستثني من لحوم الطير الدجاج والأوز لأنَّه يوزن في عادة أهل مصر بعظمه **(ويجوز بيع خل العنب بخل الدقل)** نقداً **(متفاضلاً)** لأنَّهما جنسان متغايران كأصلهما **(وكذا شحم البطن بالآلية أو باللحم)** أي يجوز بيعها متفاضلاً وإن كانت كلها من الضأن لأنَّها أجناس مختلفة لاختلاف الأسماء والصور والمقاصد **(و)** يجوز بيع **(الخبز بالبر أو الدقيق أو السويق)** متفاضلاً لعدم التجانس لأنَّ الخبز وزني أو عددي، والبر كيلي بالنص ولم يجمعها قدر، وكذا بيع الخبز بالدقيق أو السويق متفاضلاً لما ذكرنا من عدم التجانس فلم توجد علة الربا، هذا إذا كانا نقدين، وأما إذا كان أحدهما نسيئة سواء كان خبزاً أو براً أو دقيقاً فيجوز في صورة كون البر نسيئة عند الإمام لأنَّه أسلم موزوناً في مكيل يمكن ضبط صفته، ومعرفة مقداره. قيل يفتي به ويجوز في صورة كون الخبز نسيئة عند أبي يوسف لأنَّه أسلم في موزون وقيل به يفتي وعن هذا قال: **(وإنْ)** وصلية **(أحدهما نسيئة به يفتي)** للتعامل، وفي الحاوي ويجوز بيع اللبن بالجبن **(ولا يجوز بيع الجيد بالرديء)** إذا قوبل بجنسه مما فيه الربا **(إلاّ متساوياً)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «جيدها ورديها سواء»، **(وكذا)** لا يجوز بيع **(البسر بالتمر)** إلاّ متساوياً لإطلاق التمر على البسر **(و)** يجوز بيع **(البر بالدقيق أو بالسويق أو بالنخالة مطلقاً)** أي لا متساوياً ولا متفاضلاً لأنَّ المجانسة باقية من وجه باعتبار أنَّها أجزاء الحنطة **(ولا)** يجوز **(بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج**

. . . .

الدقل) بفتحتين ردي التمر **(متفاضلاً)** للاختلاف **(وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم)** لما قلنا **(والخبز بالبر أو الدقيق أو السويق (الخبز وإن)** وصلية **(كان أحدهما نسيئة)** لكن في الخبز بطريق السلم فتلزم شرائطه وهو قول أبي يوسف، و **(به يفتي)** سواء كان وزناً أو عدداً والأحوط المنع إذ قلما يقبض من جنس ما سمي، **(قلت)**: والأحسن أن يبيع خاتماً مثلاً من الخباز بقدر ما يريد من الخبز ويجعل الخبز الموصوف بصفة معلومة ثمناً حتى يصير ديناً في ذمة الخباز، وسلم الخاتم ثم يشتري الخاتم بالبرد، ذكره القهستاني وغيره. **(ولا يجوز بيع الجيد بالرديء)** مما فيه الربا إذا قوبل بجنسه **(إلاّ متساوياً)** لقوله ﷺ: جيدها ورديها سواء **(وكذا البسر بالتمر لما قدمنا) (ولا)** بيع **(البر بالدقيق أو بالسويق أو بالنخالة مطلقاً)** ولو متساوياً كيلاً اتفاقاً لعدم المسوي لتخلخل البر واكتناز غيره **(ولا بيع الزيتون بالزيت**

أكثر مما في الزيتون والسمسم لتكون الزيادة بالثجير ولا يستقرض الخبز أصلاً وعند أبي يوسف يجوز وزناً وبه يفتى وعند محمد يجوز عدداً أيضاً ولا ربا بين السيد وعبده ولا المسلم والحربي في دار الحرب.

حتى يكون الزيت) في صورة بيع الزيتون به، **(والشيرج)** في صورة بيع السمسم به **(أكثر مما في الزيتون والسمسم)** وفيه اللف، والنشر المرتب، وهو أن يرجع الأول للأول والثاني للثاني **(لتكون الزيادة بالثجير)** بفتح الثاء المثلثة ثفل كل شيء يعصر، اعلم أنَّ البيع لا يجوز في ثلاث صور، الأولى: أنْ يعلم أنَّ الزيت الذي في الزيتون أكثر لتحقق الفضل من الدهن والثقل، الثانية: أنْ يعلم التساوي لخلو الثفل عن العوض. الثالثة: أنْ لا يعلم أنَّه مثله أو أكثر أو أقل فلا يصح عندنا لأنَّ الفضل المتوهم كالمتحقق احتياطاً، وعند زفر جاز لأنَّ الجواز هو الأصل، والفساد لوجود الفضل الخالي فما لم يعلم لا يفسد ويجوز البيع في صورة بالإجماع، بأنْ يعلم أنَّ الزيت المنفصل أكثر ليكون الفضل بالثفل وكل شيء بثفله قيمة إذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر كبيع الجوز بدهنه، واللبن بسمنه والتمر بنواه كما في البحر. **(ولا يستقرض الخبز أصلاً)** أي لا وزناً ولا عدداً عند الإمام للتفاوت الفاحش من حيث الطول والعرض والغلظ والدقة، ومن حيث الخباز والتنور، **(وعند أبي يوسف يجوز)** استقراضه **(وزناً)** لا مكان التساوي في الوزن لا عدداً للتفاوت في آحاده **(وبه يفتي)** وبه جزم صاحب الكنز وذكر الزيلعي أنَّ الفتوى على قول أبي يوسف: **(وعند محمد يجوز عدداً أيضاً)** للتعارف والتعامل، وفي شرح المجمع الفتوى على قول محمد: وفي الفتح وأنا أرى قول محمد: أحسن لكونه أيسر وأرفق **(ولا ربا بين السيد وعبده)** لأنَّه وما في يده ملكه أطلقه، وقيد بعض الفضلاء بما إذا لم يكن دين مستغرق لرقبته وكسبه، وأما إذا كان مستغرقاً فيجري الربا بينهما اتفاقاً لعدم الملك عنده للمولي في كسبه كالمكاتب، وعندهما لتعلق حق الغير لكن إذا لم يكن ما معه لمولاه بأن كان مديوناً سواء كان الدين لمولاه كالمكاتب أو لغيره، فيقرر البيع بينهما، فيصير الحكم كحكم سائر البيوع، ولذا لم يفصل تدبر، وفي البحر ولا ربا بين المتفاوضين وشريكي العنان إذا تبايعا من مال الشركة وإنْ كان من غيره جرى بينهما **(ولا)** ربا بين **(المسلم والحربي في دار الحرب)** عند الطرفين خلافاً لأبي يوسف والشافعي اعتباراً بالمستأمن منهم في

. . . .

والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت، والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم لتكون الزيادة في الثجير) كما مر **(ولا يستقرض الخبز أصلاً وعند أبي يوسف يجوز وزناً وبه يفتي، وعند محمد يجوز عدداً أيضاً)**. وعليه الفتوى ذكره ابن الملك وغيره، واستحسنه الكمال واعتمده في التنوير تيسيراً، وقيل هذا اختلاف زمان أو مكان لا برهان، **(ولا ربا بين السيد وعبده)** إلاَّ إذا كان مأذوناً مديوناً مستغرقاً، **(و)** لا بين **(المسلم والحربي في دار الحرب)** خلافاً لأبي يوسف والأئمة الثلاثة، وحكم من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر كحربي عنده خلافاً لهما فلو هاجر إلينا ثم عاد إليهم فلا ربا اتفاقاً، كمتفاوضين

باب الحقوق والاستحقاق

يدخل العلو والكنيف في بيع الدار ولا الظلة إلاَّ بذكر كل حق أو بمرافقها أو بكل قليل

دارنا، ولهما قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»، ولأنَّ ما لهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالاً مباحاً إذا لم يكن غدر بخلاف المستأمن منهم، لأنَّ ماله صار محظوراً بعقد الأمان قال في التسهيل وغيره، ولا يجوز الربا عند الإمام بين مسلم، ومن آمن ثمة لعدم العصمة في مال من أسلم ثمة فصار كمال الحربي ويجوز للمسلم أخذ مال الحربي برضاه ولهما أنَّه ربا جريً بين مسلمين فحرم، وفيه كلام، وهو أنَّ عدم العصمة ممنوع ألا يرى أن الغانمين لم يملكوا ما في يد من أسلم، ثمة إذا ظهروا عليهم انتهى لكن يمكن الفرق بأنَّ بيع الشيء من الربويات بجنسه متفاضلاً يكون برضاه بخلاف ما إذا ظهروا عليهم وأخذوا ما في يد من أسلم، ثمة لأنَّهم أخذوا قهراً لا بالرضى فافترقا تدبر.

باب الحقوق والاستحقاق

كان من حق مسائل الحقوق أنْ تذكر في الفصل المتصل بأول البيوع إلاَّ أنَّ المصنف التزم ترتيب الهداية كما التزم صاحب الهداية ترتيب الجامع الصغير ولأنَّ الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر المسائل المتبوع، إلاَّ أنَّ صاحب الهداية ذكر مسائل الحقوق في باب على حدة، ثم ذكر مسائل الاستحقاق في باب آخر. والمصنف ذكرهما في باب وليت شعري لم ترك أسلوبه والحقوق جمع حق وهو خلاف الباطل، وهو مصدر حق الشيء من باب ضرب وقتل إذا وجب وثبت. ولهذا يقال: لمرافق الدار حقوقها في تمامه في البحر فليراجع (**يدخل العلو والكنيف في بيع الدار**) وإنْ لم يذكر بكل حق هو لها ونحوه، لأنَّ الدار اسم لما يدار عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل، وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه فيدخل فيه من غير ذكر.

وكذا الكنيف داخل فيما أطلق عليه وإن كان خارجاً مبنياً على الظلة لأنَّه يعد منها عادة.

وكذا يدخل بئر الماء والأشجار التي في صحنها والبستان الداخل وأما الخارج فإن كان

. . . .

وشريكي عنان إذا تبايعا في مال الشركة. (قلت): والحاصل أنَّ الربا حرام إلاَّ في هذه المسائل الست.

باب الحقوق والاستحقاق

أخرها لتبعيتها ولتعبيته الترتيب الهداية والجامع الصغير، (**يدخل العلو والكنيف في بيع الدار**) بطريق البيعة لأنَّ الدار اسم لما أدير عليه الجدار (**لا الظلة**) لبنائها على الطريق فأخذت حكمه (**إلاَّ بذكر كل حق**) هو (**لها أو بـ**) ذكر (**مرافقها أو بكل قليل وكثير هو فيها أو منها**) وهذا عنده (**وعندهما تدخل الظلة**) (**إن كان مفتحها في الدار**) وإلا لا (**ولا يدخل العلو في شراء منزل إلاَّ بذكر نحو**) (**كل حق ولا في شراء بيت وإن ذكر كل حق**) وهذا التفصيل عرف الكوفة.

وكثير هو فيها أو منها وعندهما تدخل إنْ كان مفتحها في الدار ولا يدخل العلو في شراء منزل إلاّ بذكر نحو كل حق ولا في شراء بيت وإنْ ذكر كل حق ولا الطريق والمسيل والشرب إلا بذكر نحو كل حق وتدخل في الإجارة بدون ذكر.

أكثر منها أو مثلها لا يدخل إلاّ بالشرط، وإنْ كان أصغر منها يدخل لأنّه يعد من الدار عرفاً، والكنيف المستراح كما في البحر وفي البناية الدار لغة اسم لقطعة أرض ضربت لها الحدود، وميزت عما يجاورها بإدارة خط عليها فبنيَّ على بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح ومنافع الأبنية للإسكان وغير ذلك، ولا فرق بين ما إذا كانت الأبنية بالأحجار والتراب، أو بالخيام والقباب **(ولا)** تدخل **(الظلة)** في بيع الدار الظلة والساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار أخرى أو على الإسطوانات في السكة، ومفتحها في الدار المبيعة كما في الفتح وفي البحر وغيره، وفي الصحاح الظلة بالضم كهيئة الصفة، وفي المغرب قول الفقهاء: ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب لكن عمم في الإصلاح فقال: أو على الإسطوانات في السكة سواء كان مفتحها إلى الدار أو لا، ومن وهم أنها السدة التي فوق الباب، فقد وهم انتهى، **(إلاّ بذكر كل حق)** هو لها أي للدار **(أو بمرافقها)** أي بذكر مرافقها وهيَّ حقوقها أي بعتها لك بمرافقها، **(أو بكل)** حق **(قليل وكثير هو فيها أو منها)** فحينئذ تدخل الظلة في بيعها عند الإمام **(وعندهما تدخل)** أي الظلة من غير ذكر شيء مما ذكرنا، **(إنْ كان مفتحها في الدار)** لأنّها من توابع الدار وله إنَّ الظلة تابعة للدار من حيث أنَّ قرار أحد طرفيها على بناء الدار وليست بتابعة لها من حيث أنَّ قرار طرفها الآخر على غير بنائها فلا تدخل بلا ذكر الحقوق، وتدخل بذكرها عملاً بالشبهين ولو كان خارج الدار مبنياً على الظلة تدخل في بيع الدار بلا ذكر الحقوق لأنّها تعد من الدار عادة وفي الخانية، ويدخل الباب الأعظم فيما باع بيتاً أو داراً بمرافقهما لأنَّ الباب الأعظم من مرافقها، **(ولا يدخل العلو في شراء منزل إلاّ بذكر نحو كل حق)** أي إلاّ أنْ يقول: كل حق هو له أو بمرافقه أو كل قليل وكثير هو فيه أو منه لأن المنزل بين الدار والبيت إذ تتأتى فيه مرافق السكني بنوع قصور بإنتفاء منزل الدواب فيه، فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر الحقوق ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه، **(ولا)** يدخل العلو **(في شراء بيت وإنْ)** وصلية **(ذكر كل حق)** ونحوه ما لم ينص عليه لأنَّ البيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله والشيء لا يستتبع مثله، فلا يدخل إلاّ فيه إلاّ بالتنصيص عليه. وفي الكافي أنَّ هذا التفصيل مبني على عرف أهل الكوفة، وفي عرفنا يدخل

. . . .

وأما في عرفنا فيدخل العلو بلا ذكر في الصور الثلاث إلاّ دار السلطان فتسمى سراي **(ولا)** يدخل **(الطريق)** للمبيع **(والمسيل)** للماء **(والشرب إلا بذكر نحو كل حق)** ونحوه مما مر، **(وتدخل)** الطريق وإخوته **(في الإجارة)** لدار وأرض **(بدون ذكر)** إنْ لم ينتفع بدونها. **(قلت)**: ومثلها الرهن والوقف بخلاف غيرها وتمامه فيما علقته على التنوير.

فصل

البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والطلاق والنسب فلو ولدت أمة مبيعة فاستحقت ببينة تبعها ولدها إن كان في يده وقضيَّ به

العلو في الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار، والأحكام تبتني على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل مصر عرف أهله **(ولا)** يدخل **(الطريق)** في بيع ما له طريق **(و)** لا يدخل **(المسيل)** في بيع ما له مسيل **(و)** لا يدخل **(الشرب)** في بيع ماله شرب **(إلا بذكر نحو كل حق)** لأنَّ هذه الأشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع فلا يدخل إلاَّ بذكر نحو كل حق كما في القهستاني واللام للعهد أي مسيل الماء، والنهر في ملك خاص، وشرب الأرض وماؤها وينبغي أنْ لا يدخل الشرب أصلاً في موضع يتعارف بيع الأرض بلا شرب، وطريق الدار عرضه عرض الباب الذي هو مدخلها وطوله منه إلى الشارع أو هو أعم، ومن طريق خاص في ملك إنسان وقت البيع، فلو سد الطريق القديم لم يدخل بذكره، فالطريق إلى الشارع العام وإلى سكة غير نافذة يدخل في البيع كما في المحيط، لكن في الخلاصة أنَّ الأخيرة لا تدخل إلا بذكرها بخلاف الطريق النافذة، فإنها لا تدخل أصلاً وإنْ كن له حق المرور كما كان قبل الشراء، **(وتدخل)** هذه الأشياء **(في الإجارة بدون ذكر)** نحو كل حق إذا لم ينتفع الموجر بدونها، ومثلها الرهن والصدقة الموقوفة. وقال العيني ولا يدخل مسيل ماء الميزاب إذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه.

فصــل

في بيان أحكام الاستحقاق **(البينة حجة متعدية)** إلى الغير تظهر في حق كافة الناس لأنَّ البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي، وله ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة كما في التبيين وظاهره، أنَّ معنى التعدي أنَّه يكون القضاء بها قضاء على كافة الناس في كل شيء قضى به بالبينة وليس كذلك.

وإنما يكون القضاء على الكافة في عتق ونحوه كما مر تحقيقه **(والإقرار حجة قاصرة)** فلا يتوقف على القضاء، وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه **(والتناقض يمنع دعوى الملك لا)** يمنع التناقض دعوىٰ **(الحرية والطلاق والنسب)** لأنَّ القاضي لا يمكنه أنْ يحكم

. . . .

فصــل

في بيان أحكام الاستحقاق **(البينة حجة متعدية)** كاملة تظهر في حق كافة الناس إذا اتصل بها القضاء، لكن لا فيحق كل شيء كما هو ظاهر كلام الزيلعي والعيني بل في الحرية والنكاح والنسب والولاء، **(قلت)**: واختلف في القضاء بالوقف فقيل كالحرية وقيل لا وهو المختار كما في التنوير **(و)** أما **(الإقرار)** فإنه **(حجة قاصرة)** على المقر لعدم ولايته على غيره بقي لو اجتمعا فإنْ ثبت الحق به قضي بالإقرار إلاَّ عند الحاجة فالبينة أولى كما في الفتح وغيره **(والتناقض)** أي التدافع في الكلام **(يمنع**

أيضاً وقيل يكفي القضاء بالأم وإن أقر بها لرجل لا يتبعها ولدها وإن قال شخص لآخر اشترني فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر فإنْ كان البائع حاضراً أو مكانه معلوماً لا يضمن الأمر وإلاَّ ضمن ورجع على البائع إذا حضر وإن قال ارتهني فلا ضمان أصلاً ومن ادعى حقاً

بالكلام المتناقض إذ أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا غير أنّ الحرية والطلاق والنسب فيعذر في التناقض لأنَّ النسب يبتني على لعلوق والطلاق، والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفي عليهم كما في التبيين (**فلو ولدت أمة مبيعة**) تفريع على كون البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة، يعني لو اشترى أمة فولدت عنده من غير مولاه. وفي الكافي ولدت لو باستيلاد (**فاستحقت ببينة تبعها ولدها**) في كونه مستحقاً وملكاً لم نبرهن (**إن كان في يده**) أي في يد المشتري (**وقضي به**) أي بالولد (**أيضاً**) وهو الأصح لأنَّ محمداً قال: إذا قضيَّ القاضي بالأصل للمستحق ولم يعرف الزوائد أو في يد آخر وهو غائب، لم تدخل الزوائد تحت القضاء لانفصالها عن الأصل يوم القضاء، فعلى هذا ظهر تقييده بأنّ كان في يده (**وقيل يكفي القضاء بالأم**) لأنَّه تبع لها فيدخل في الحكم عليها (**وإن أقر**) المشتري (**بها**) أي بالأمة المبيعة (**لرجل لا يتبعها ولدها**) فيأخذ المقر له الأمة لا ولدها والفرق إنَّ البينة تثبت الملك من الأصل والولد كان متصلاً بها يومئذ فثبت بها الاستحقاق فيهما، والإقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولم يذكر النكول لأنَّه في حكم الإقرار، وفي البحر نقلاً عن النهاية، إنما لا يتبعها الولد في الإقرار إذ لم يدعه المقر له أما إذا ادعاه كان له لأنَّ الظاهر أنَّه له ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل انتهى، لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق كما قاله المولى سعدي: وفي البزازية واستحقاق الجارية بعد موت الولد لا يوجب على المشتري شيئاً كزوائد المغصوب (**وإن قال شخص لآخر**) أي لرجل يطلب شراء عبد (**اشترني فأنا عبد**) لفلان (**فاشتراه**) أي الرجل العبد بناء على كلامه (**فإذا هو حر**) أي ظهر أنَّه حر، وإذا هنا للمفاجأة، (**فإنْ كان البائع حاضراً أو**) غائباً كان

دعوى الملك) لمعين أو نمفعة لنفسه أو لغيره إلاَّ إذا وقف. (**قلت**): وهل يكفي إمكان التوفيق خلاف، سنحققه في محله مع ذكر شيء من فروع هذا الأصل (**لا**) يمنع التناقض دعوى ما يخفي سببه مثل (**الحرية والطلاق والنسب**) ثم فرع على قوله: البينة، حجة متعدية فقال (**فلو ولدت أمة مبيعة**) عنده بلا استيلاد (**فاستحقت**) فإنْ (**ببينة تبعها ولدها إنْ كان في يده وقضى**) القاضي (**به أيضاً**) أي بالولد (**وقيل يكفي القضاء بالأم**) لأنَّه تبع والأول أصح لانفصاله وقت القضاء ثم كلام البزازي يفيد تقييده بما إذا سكت الشهود، فلو بينا أنَّه لذي اليد أو قالوا: لا ندري فلا يقضي به، واعلم أنَّ استيلاده لا يمنع استحقاق الولد بالبينة فيكون ولد المغرور حراً بالقيمة لمستحقه كما مر في باب دعوى النسب فتنبه (و) أما (**إنْ أقر**) ذو اليد (**بها لرجل**) فإنَّ الولد (**لا يتبعها**) فيأخذها وحدها، والفرق ما مر من الأصل أنَّ الإقرار حجة قاصرة وهذا إذا لم يدعه المقر له فلو ادعاه تبعاً.

مجهولاً في دار فصولح على شيء فاستحق بعضها فلا رجوع عليه ولو استحق كلها رد كل العوض وفهم منه صحة الصلح عن المجهول ولو ادعى كلها رد حصة ما يستحق ولو بعضاً.

(**مكانه معلوماً لا يُضمن**) العبد (**الأمر**) لوجود من عليه الحق وهو البائع (**وإلا**) أي وإنْ لم يكن البائع حاضراً أو لم يكن مكانه معلوماً (**ضمن**) أي رجع المشتري على العبد بالثمن عند الطرفين، لأنَّ المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه، والمشتري اعتمد على أمره وإقراره أنَّه عبده إذ القول قوله: في الحرية فيجعل ضامناً للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرر والضرر، (**ورجع**) العبد (**على البائع**) بالثمن (**إذا حضر**) لأنَّه قضيَّ ديناً عليه وهو مضطر فيه، فلا يكون متبرعاً، وعند أبي يوسف لا يرجع المشتري على العبد بشيء، لأنَّ ضمان الثمن بالمعاوضة أو بالكفالة فلم توجد منهما كما قال: اشترني أو قال أنا عبد ولم يزد على ذلك فإنَّه لا رجوع عليه بشيء بالإتفاق، كما في الفتح لكن في العتابية ما يخالفه فلينظر ثمة، (**وإن قال ارتهني**) فأنا عبد، فارتهنه فإذا هو حر (**فلا ضمان أصلاً**) سواء كان البائع حاضراً أو لا، وسواء كان مكانه معلوماً، أو غير معلوم لأنَّ الرهن لم يشرع معاوضة وموجب الضمان هو الغرور في المعاوضة (**ومن ادعى حقاً مجهولاً في دار**) فأنكر المدعي عليه ذلك (**فصولح**) من الحق المجهول (**على شيء**) كمائة درهم مثلاً فأخذه المدعي (**فاستحق بعضها**) أي بعض الدار (**فلا رجوع عليه**) أي على المدعي بشيء من البدل لجواز أنْ يكون دعواه فيما بقيَّ وإنْ قل فما دام في يده شيء لم يرجع (**ولو استحق كلها**) أي كل الدار التي ادعاها (**رد**) أي من المدعي (**كل العوض**) للتيقن بأنَّه أخذ عمالاً بملكه فيرده (**وفهم منه**) أي من المذكور (**صحة الصلح عن المجهول**) على معلوم وفهم منه أيضاً عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح، وفي المنح استفيد مما تقدم من الحكم شيآن: أحدهما: أنَّ الصلح عن المجهول جائز لأنَّه لا يفضي إلى

. . . .

وكذا سائر الزوائد نعم لا ضمان بهالاكها كزوائد المغصوب، (**قلت**): ولم يذكر النكول لأنَّه في حكم الإقرار كما في العمادية وكذا لم يذكر متى يفسخ البيع إذا ظهر الاستحقاق، وفيه أقوال: أصحها أنه لا ينفسخ ما لم يفسخ كما في الفتح، ثم فرع على أنَّ التناقض في دعوى الحرية عفو فقال: (**وإن قال شخص لآخر: اشترني فأنا عبداً فاشتراه**) معتمداً على مقالته (**فإذا هو حر**) أي ظهر حراً (**فإن كان البائع حاضراً أو مكانه معلوماً لا يضمن**) العبد (**الآمر**) لوجود القابض (**وإلا ضمن**) العبد الثمن خلافاً لأبي يوسف، (**ورجع**) العبد به (**على البائع إذا حضر**) لأنَّه قضى ديناً عليه وهو مضطر فيه فلم يكن متبرعاً، (**وإنْ قال ارتهني**) فإني عبد (**فلا ضمان**) على العبد (**أصلاً**) والأصل أنَّ التغرير يوجب الضمان في ضمن عقد المعاوضة لا الوثيقة فليحفظ (**ومن ادعى حقاً مجهولاً في دار فصولح على شيء**) معين (**فاستحق بعضها فلا رجوع عليه**) لجواز دعواه فيما بقي (**و**) لهذا (**لو استحق كلها رد كل العوض**) الذي أخذه (**وفهم منه**) أي من جواب المسألة أمران، أحدهما: (**صحة الصلح عن المجهول**) على معلوم لأنَّ جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة، والثاني عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح فليحفظ، (**ولو**) كان (**ادعى كلها رد حصة ما يستحق ولو بعضاً**) لفوات سلامة المبدل فلم يمكن التوفيق.

. . . .

المنازعة، والثاني: إنَّ صحة الصلح لا يتوقف عن صحة الدعوى لصحته هو دونها حتى لو برهن لم تقبل إلاَّ إذا ادعى اقرار المدعي عليه به قيد بالمجهول، لأنَّه ادعى قدراً معلوماً كربعها لم يرجع ما دام في يده ذلك المقدار، وإن بقيَّ أقل منه رجع بحساب ما استحق، والمصنف، اقتصر بالأولى فقد قصر تدبر (**ولو**) كان المدعي منها (**رد**) أي المدعي (**حصة ما يستحق ولو**) كان المستحق (**بعضاً**) من الدار لأنَّ الصلح على مائة وقع عن كل الدار، فإذا استحق منها شيء تبين أنَّ المدعي لا يملك ذلك فيرد بحسابه من العوض كما في أكثر المعتبرات، فعلى هذا إنَّ الواو في ولو زائدة لأنَّ المعنى حينئذ لو كان المدعي ادعى كلها فصولح على شيء ثم استحق الكل ردَّ المدعي حصة ما يستحق، وليس كذلك بأن يرد حينئذ كل العوض كما مر آنفاً، بل المراد ههنا رد المدعي حصة ما يستحق لو كان المستحق بعضاً تدبر.

. . . .

(فروع): لو صالح من الدنانير على دراهم فاستحقت بعد التفرق رجع بالدنانير لأنَّه كالصرف ولو شرى داراً وبنى فيها فاستحقت بعد التفرق رج بالثمن وقيمة البناء مبنياً على البائع إذا سلم النقض إليه يوم تسليمه وإنْ لم يسلم فبالثمن لا غير كا لو استحقت بجميع بنائها لما تقرر أنَّ الاستحقاق متى ورد على ملك المشتري لا يوجب الرجوع على البائع بقيمة البناء مثلاً ولو حفر بئراً أو نقى البالوعة أورم من الدار شيئاً ثم استحقت لم يرجع بشيء على البائع لأنَّ الحكم يوجب الرجوع بالقيمة لا بالنفقة حتى لو كتب في الصك، فما أنفق المشتري فيها من نفقة أورم فيها من مرمة فعلى البائع يفسد البيع، ولو حفر بئراً أو طواها يرجع بقيمة الطي لا بقيمة الحفر فإنْ شرطاه فسد.

وكذا لو حفر ساقيه أنَّ قنطر عليها رجع بقيمة بناء القنطرة لا نفقة حفر الساقية وبالجملة فإنما يرجع إذا بنى فيها أو غرس بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع فلا يرجع بقيمة جص وطين وتمامه في الفصل الخامس عشر من الفصولين. وفيه أيضاً شرى كرماً فاستحق نصفه له رد الباقي إنْ لم يتغير في يده ولم يأكل من ثمره ولو شرى أرضين فاستحقت إحداهما إنْ قبل القبض خير المشتري وإنْ بعده لزمه غير المستحق بحصته من الثمن بلا خيار، ولو استحق العبد أو البقرة لم يرجع بما أنفق ولو استحق ثياب القن أو بردعة الحمار، ولم يرجع بشيء وكل شيء يدخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن ولكن يخير المشتري فيه كما في القنية، ولو استحق من يد المشتري الأخير كان قضاء على جميع الباعة ولكل أنْ يرجع على بائعه بالثمن بلا إعادة بينة لكن لا يرجع قبل أنْ يرجع عليه المشتري وأجازه أبو يوسف كما في الخانية، لكن في الفصولين ما يخالفه فتنبه. ولو اشترى عبداً فاعتقه بمال أخذه منه ثم استحق العبد لم يرجع المستحق بالمال على معتقه. ولو شرى داراً بعبد وأخذت بالشفعة ثم استحق العبد بطلت الشفعة، ويأخذ البائع الدار من الشفيع لبطلان البيع وتمامه في المطولات، وفي المنظومة المحبية مهمات منها: لو مستحقاً ظهر المبيع له على بائعه الرجوع بالثمن الذي له قد دفعا، إلاَّ إذا البائع منها ادعى بأنَّه كان قديماً اشترى ذلك من ذا المشتري بلا مرا، لو اشترى خرابة وانفقا شيئاً على تعميرها وطفقا ذاك يسوي بعده آكامها، ثم استحق رجل تمامها، فالمشتري في ذاك ليس راجعاً على الذي غد التلك بائعاً. ولا على ذا المستحق مطلقاً بذا الذي كان عليه اتفقا.

فصل في بيع الفضولي

ولمن باع فضولي ملكه إن يفسخه وله أن يجيزه بشرط بقاء العاقدين والمعقود عليه والمالك الأول، وكذا بقاء الثمن إنْ كان عرضاً وإذا جاز فالثمن العرض ملك

فصل في بيع الفضولي

ثم ذكر أحكام الفضولي بلا فصل فقال: **(ولمن باع فضولي)** هو نسبة إلى فضول جمع الفضل، أيّ الزيادة، وفي المغرب وقد غلب جمعه على مالا خير فيه حتى قيل: فضول بلا فضل، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس وكيل وفتح الفاء خطأ كما في البحر **(ملكه)** مفعول باع **(إن يفسخه)** مبتدأ مؤخر خبره لمن **(وله)** أي للمالك **(أن يجيزه)** يعني ينعقد بيعه موقوفاً على إجازة المالك بالشرائط الأربعة كما في البحر وبينها بقوله: **(بشرط بقاء العاقدين)** أي وله أنْ يجيزه إنْ شاء بشرط بقاء البائع والمشتري، أما شرط بقاء البائع فلأن حقوق العقد لم يلزمه حال حياته فلا يلزمه بعد وفاته.

وأما بقاء المشتري فلأن الثمن يلزمه في حال حياته فكيف لزمه بعد وفاته، **(و)** بشرط بقاء **(المعقود عليه)** أي المبيع والمراد بكون المبيع قائماً أنْ لا يكون متغيراً بحيث يعد شيئاً آخر لأنَّ الملك لم ينتقل إليه بالعقد، فلا ينتقل بعد هلاكه، وفي البحر، ولو لم يعلم حال المبيع وقت الإجازة من بقائه، وعدمه جاز البيع في قول أبي يوسف: أولاً وهو قول محمد لأنَّ الأصل بقاؤه، ثم رجع وقال: لا يصح ما لم يعلم بقاؤه، **(و)** بشرط بقاء **(المالك الأول)** لأنَّه بموته يبطل العقد الموقوف، فبعد ذلك لا يفيد إجازة الوارث وإنّما جاز بيع الفضولي عندنا لأنَّ ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفاً فينعقد وليس فيه ضرر على المالك لأنَّه مخير فإذا رأى المصلحة فيه نفذه وإلا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشتري، وقرار الثمن ويسقط رجوع حقوق العقد إليه فثبت للفضولي القدرة الشرعية إحرازاً لهذه المنافع على أنَّ الإذن له ثابت دلالة لأنَّ كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع خلافاً للشافعي إذ عنده تصرفات الفضولي باطلة كلها، وقيد المصنف بالأول مستدرك

. . . .

فصل في بيع الفضولي

ذكر بعد الاستحقاق لأنَّه من صوره **(ولمن باع فضولي ملكه)** له **(أن يفسخه)** بلا قضاء **(وله أن يجيزه)** بقول أو فعل كقبض الثمن **(بشرط بقاء)** الملك وهو ببقاء **(العاقدين)** البائع والمشتري **(و)** المبيع **(المعقود عليه)** بأن لا يتغير، **(والمالك الأول)** فلا تجوز إجازة وارثه لبطلانه بموته **(وكذا)** يشترط **(بقاء الثمن)** أيضاً **(إن كان عرضاً)** معيناً لأنَّه مبيع من وجه فيشترط للإجازة قيام الخمسة المذكورة فيما يتعين بالتعيين وهذه إجازة نقد لا عقد، **(وإذا)** توفرت و **(أجاز)** المالك **(فالثمن العرض ملك للفضولي وعليه**

للفضولي وعليه مثل البيع لو مثلياً وإلا فقيمته وغير العرض ملك للمجيز أمانةً في يد الفضولي وللفضولي أنْ يفسخ قبل إجازة المالك وصح اعتاق المشتري من الغاصب إذا

لا طائل تحته تتبع (**وكذا**) بشرط (**بقاء الثمن إنْ كان**) الثمن (**عرضاً**) لأنَّ العرض يتعين بالتعيين فصار كالبيع فيشترط بقاؤه وبهذا يفهم أنَّ الثمن إنْ كان ديناً يحتاج إلى أربعة أشياء وإن كان عرضاً يحتاج إلى خمسة أشياء فلا وجه بالحصر إلى أربعة كما قيل تدبر، (**وإذا أجاز**) المالك عند قيام الخمسة المذكورة جاز البيع (**فالثمن العرض ملك للفضولي**) أي إنْ كان الثمن عرضاً كان مملوكاً للفضولي وإجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد، لأنَّه لما كان العرض متعيناً كان شراء من وجه، والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إنْ وجد نفاذاً فيكون ملكاً وبإجازة المالك لا ينتقل إليه بل تأثير إجازته في النقد لا في العقد، (**وعليه**) أي يجب عن الفضولي (**مثل البيع لو**) كان (**مثلياً وإلاّ**) أي وإن لم يكن مثلياً (**فقيمته**) لأنَّه لما صار البدل له صار مشترياً لنفسه بمال الغير مستقرضاً له في ضم الشراء فيجب عليه رده كما قضيَّ ديناً بمال الغير، واستقراض غير المثلي جائز ضمناً وإن لم يجز قصداً (**وغير العرض**) يعني إن كان الثمن في بيع الفضولي عيناً غير عرض كالدراهم، والدنانير والفلوس والكيلي والوزني بغير عينهما فأجاز المالك البيع حال بقاء الأربعة جاز البيع، وهو الثمن (**ملك للمجيز أمانة في يد الفضولي**) بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الإجازة أو قبله لأنَّ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (**وللفضولي أنْ يفسخ قبل إجازة المالك**) دفعاً للحقوق عن نفسه لأنَّ حقوق البيع ترجع إليه بخلاف الفضولي في النكاح حيث لا يكون الفسخ له قبل الإجازة لأنَّ الحقوق لا ترجع إليه (**وصح اعتاق المشتري**) اسم مفعول أو فاعل صلته (**من الغاصب إذا أجيز البيع**) يعني لو غصب عبداً فباعه، ثم أعتقه المشتري من الغاصب ثم أجاز المولي البيع صح العتق استحساناً عن المشتري عند الشيخين (**خلافاً لمحمد**) وزفر وهو رواية عن أبي يوسف، وهو القياس لأنَّه لا عتق بدون الملك وجه الاستحسان أنَّ الملك يثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه، (**ولا يصح بيعه**) أي بيع المشتري من الغاصب عند إجازة المغصوب منه البيع الأول، لأنَّ بالإجازة يثبت للبائع

....

مثل المبيع لو مثلياً وإلا فقيمته) لأنَّه شراء من وجه، فلا يتوقف على الإجازة (**و**) الثمن (**غير العرض ملك**) عند الإجازة (**للمجيز**) فيكون البائع كوكيل له وهو (**أمانة**) ولو بعد الإجازة (**في يد**) بائعه (**الفضولي**) إلاَّ إذا هلك في يده قبل الإجازة، ولم يعلم المشتري وقت أدائه أنَّه فضولي، فيكون مضموناً كما في القهستاني عن العمادية واعتمده ابن الشحنة، وصاحب المنح وجزم الزيلعي. وابن الملك بأنَّه أمانة مطلقاً (**وللفضولي أنْ يفسخ قبل إجازة المالك**) دفعاً للحقوق من نفسه بخلاف فضولي النكاح فإنَّه لا يفسخ بالقول بل بالفعل (**وصح اعتاق المشتري من الغاصب**) للعبد (**إذا أجيز البيع خلافاً لمحمد ولا يصح بيعه**) وإن أجيز اتفاقاً (**ولو قطعت يده**) مثلاً (**عند المشتري فأجيز**) البيع (**فأرشه**) أي

أجيز البيع خلافاً لمحمد ولا يصح بيعه ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز البيع فأرشه له ويتصدق بما زاد على نصف ثمنه ومن اشترى عبداً من غير سيده ثم أقام بينة على إقرار

ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف أبطله لاستحالة الملك البات والملك الموقوف في محل واحد (**ولو قطعت يده**) أي يد العبد الذي باعه الفضولي (**عند المشتري فأجيز**) أي أجاز المالك (**البيع فأرشه**) أي أرش يد العبد (**له**) أي لمشتريه، لأنَّ الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين أنَّ القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من البيع كالكسب، والولد والعقر قبل الإجازة يكون للمشتري.

وكذا الحكم في إرش جميع جراحاته، فذكر اليد مثال وهو لا يخص كما لا يخفي وفيه سؤال وجواب في المنح وغيره فليطالع (**ويتصدق**) المشتري (**بما زاد**) من إرش اليد (**على نصف ثمنه**) أي ثمن العبد وجوباً لأنَّ فيه شبهة عدم الملك لأنَّه غير موجود حقيقةً وقت القطع وإرش اليد الواحدة في الحر نصف الدية، وفي العبد نصف القيمة، والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فيما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك فيتصدق به وجوباً، ولو رد وجوب التصدق بالزائد، كما هو ظاهر ما في الفتح وقيد بما زاد لأنَّه لا يتصدق بالكل، وإنْ كان فيه شبهة عدم الملك فيتصدق به وجوباً ولو ردّ وجوب التصدق بالزائد كما هو ظاهر ما في الفتح وقيد بما زاد لأنه لا يتصدق بالكل وإن كان فيه شبهة عدم الملك لكونه مضموناً عليه بخلاف ما زاد ووزع في الكافي فقال: إن لم يكن مقبوضاً ففيما زاد ربح ما لم يضمن وإنْ كان مقبوضاً ففيه شبهة عدم الملك كما في البحر، (**ومن اشترى عبداً من غير سيده ثم أقام**) المشتري (**بينة**) بعد ما ادعى على البائع أنَّه أقر قبل البيع بأني أبيع بغير أمر مولاه أو بعد البيع بأني بعت بغير أمره أو على المولى أنَّه أقرَّ بعدم أمر البيع (**على إقرار البائع**) الفضولي (**أو السيد**) حال إرادة رد العبد على الإقرار (**بعدم الأمر**) ببيع العبد المذكور (**وأراد**) المشتري (**رده**) أي العبد (**لا تقبل بينته**) لبطلان دعواه بالتناقص إذ إقدامها على العقد اعترف منهما بصحته ونفاذه لأنَّ الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ، والبينة لا تبتني إلاّ على دعوى صحيحة، فإذا بطلت الدعوى لا تقبل كما لو أقام البائع البينة أنَّه باع بلا أمر أو برهن على إقرار المشتري بذلك فإنَّه لا تقبل (**ولو أقر البائع**) الفضولي (**بذلك**) أي بعدم أمر رب العبد (**عند القاضي فله**) أي للمشتري (رده) إنْ طلب المشتري ذلك لأنَّ التناقض لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة، فللمشتري أنْ يساعده فيتفقان فينتقض في حقهما وهو المراد ببطلان البيع

....

القطع (**له**) وكذا كل ما يحدث إلى البيع ولو قبل الإجازة (**ويتصدق بما زاد على نصف ثمنه**) وجوباً لعدم دخوله في ضمانه (**من اشترى عبداً من غير سيده ثم أقام**) المشتري (**بينة على إقرار البائع**) الفضولي (**أو**) على إقرار (**السيد بعدم الأمر**) بيع العبد (**وأراد**) المشتري (**رده لا تقبل بينته**) ولا قوله: للتناقض كما لو برهن أنَّه باع بلا أمر أو على إقرار المشتري بذلك والأصل أنَّ من سعى في نقض ما تم من جهته لا يقبل

البائع أو السيد بعدم الأمر وارد رده لا تقبل بينته ولو أقر البائع بذلك عند القاضي فله رده ولو اشترى داراً من فضولي وأدخلها في بنائه فلا ضمان على الفضولي خلافاً لمحمد.

باب السلم

هو بيع آجل بعاجل ويصح فيما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا في غيره فيصح في

في عبارته لا في حق رب العبد إنْ كذبهما وادعى أنَّه كان أمره فإذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما، لأنَّه وكيله وليس له مطالبة المشتري لبراءته بالتصادق، وعند أبي يوسف له أنْ يطالبه فإذا أدى رجع به على البائع بناء على براءة الوكيل وتمامه في البحر فليراجع، **(ولو اشترى داراً من فضولي وأدخلها)** المشتري **(في بنائه فلا ضمان على الفضولي)** عند الإمام وهو قول أبي يوسف: آخراً **(خلافاً لمحمد)** وهو قول أبي يوسف: أولاً. وفي البحر يعني إذا أقرَّ البائع بالغصب وأنكر المشتري، لأنَّ إقراره لا يصدق على المشتري ولا بد من إقامة البينة حتى يأخذها، فإذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافاً إلى عجزه عن إقامة البينة لا إلى عقد البائع لأنَّ الغاصب لا يجوز بيعه، فعلىٰ هذا يعلم أنَّ قوله: وأدخلها المشتري في بنائه إتفاقي وإنما ذكره ليعلم حكم غيره بالأولى وأراد بالدار العرصة بقرينة أدخلها في بنائه.

باب السلم

لما كان من أنواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف أخرهما وقدمه على الصرف لأنَّ الشرط في الصرف قبضهما، وفي السلم قبض أحدهما، فهو بمنزلة المفرد من المركب، وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن. قيل: وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بآجل وفي البحر نقلاً عن الفتح ليس بصحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل، وعرفه أولاً بيع آجل بعاجل. والظاهر أن قولهم: أخذ عاجل بآجل تحريف من النساخ الجهلة، فاستمر النقل على هذا التحريف، انتهى وعن هذا قال: **(هو بيع آجل بعاجل)** لكن يجوز أن يقال: المراد

إلاَّ في مسألتين **(ولو أقر البائع)** المذكور **(بذلك عند القاضي)** أو عند غيره **(فله رده)** بطلب المشتري لأنَّ التناقض لا يمنع صحة الإقرار، **(ولو اشترى داراً من فضولي وأدخلها في بنائه فلا ضمان على الفضولي)** يعني واعترف الفضولي بغصبها وأنكر المشتري لم يضمن **(خلافاً لمحمد)** وسيجيء في الغصب فإنْ برهن المالك أخذها لأنَّه نور دعواه.

باب السلم

هو لغة كالسلف وزناً ومعنى وشرعاً **(بيع آجل)** وهو المسلم فيه **(بعاجل)** وهو رأس المال وركنه ركن البيع ويسمى الثمن رأس المال، وربه رب السلم والآخر المسلم إليه والحنطة مثلاً المسلم فيه وثبوته بالكتاب، والسنة والإجماع، قال تعالى: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى﴾ [البقرة: ٢٨٢]،

المكيل والموزون سوى النقدين وفي العددي المتقارب كالجوز والبيض عدداً وكيلاً،

أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوي، إذ الأصل عدم التغيير إلاَّ أنْ يثبت بدليل كما قاله بعض الفضلاء: وفي الدرر، وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿إذا تداينتم بدين﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية، فإنها تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»(١)، وبالإجماع ويأباه القياس لأنَّه بيع معدوم لكنه ترك لما ذكر ولم يستدل بما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان»، ورخص في السلم لأنَّ محمد بن العز الحنفي قال في حواشي الهداية: هذا اللفظ هكذا لم يرو من أحد من الصحابة في كتب الحديث وكأنَّه من كلام واحد من الفقهاء انتهى، **(ويصح)** السلم **(فيما أمكن ضبط صفته)** أي جودته ورداءته ونحو ذلك **(ومعرفة قدره)** أي مقداره أعم من الكيل والوزن والذرع لأنَّه لا يفضي إلى المنازعة، وفي البحر السلم في العنب الفلاني في وقت كونه حصرماً لا يصح والسلم في التفاح الشامي قبل الإدراك يصح لأنَّه يسمى تفاحاً **(لا في غيره)** أي وما لا يمكن ضبط صفته، ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه لأنَّه يفضي إلى المنازعة، وهذه قاعدة كلية تبتني عليها كثير مسائل السلم فشرع المصنف في ذكر بعضها لتعرف باقيها بالتأمل فيها فقال مفرعاً بما عليها **(فيصح)** السلم كما في الفرائد، لكن لما كان المصنف شرع أنْ يبين الفصلين بالفاء، فالأولى أنْ تكون تفصيلية تدبر **(في المكيل)** كالبر والشعير **(والموزون)** كالعسل والزيت **(سوى النقدين)** من الدراهم والدنانير، لا لأنهما موزونة ولكنهما غير مثمنين بل خلقا ثمنين، فلا يجوز السلم فيهما **(و)** يصح **(في العددي المتقارب)** وهو ما لا يتفاوت آحاده **(كالجوز والبيض عدداً وكيلاً)** لأنَّه معلوم مضبوط مقدور التسليم وما فيه من التفاوت يهدر عرفاً ولا خلاف في جوازه عدداً، وإنما الخلاف فيه كيلاً، فعندنا يجوز كيلاً ومنعه زفر كيلاً وعنه منعه عدداً أيضاً للتفاوت، وإنما جاز كيلاً عندنا لوجود الضبط فيه، قيد بالمتقارب ومنه الكمثري والمشمش والتين لأنَّ العددي المتفاوت لا يجوز السلم فيه، وما تفاوتت ماليته متفاوت، كالبطيخ والقرع

. . . .

(ويصح فيما أمكن ضبط صفته) كجودته ورداءته **(ومعرفة قدره)** كمكيل وموزون **(لا)** يصح **(في غيره)** لأنَّه يفضي إلى المنازعة **(فيصح في المكيل والموزون سوى النقدين)** لأنهما أثمان فلم يجز السلم فيهما خلافاً لمالك **(و)** يصح **(في العددي المتقارب كالجوز والبيض عدداً وكيلاً وكذا)** يصح في **(الفلوس)** عدداً **(خلافاً لمحمد)** فإنَّه ثمن عنده.

---

(١) أخرجه البخاري (سلم، ١، ٢، ٣، ٧)، ومسلم (مساقاة، ١٢٨)، وأبو داود (بيوع، ٥٥)، والترمذي (بيوع، ٦٨)، والنسائي (بيوع، ٦٣)، وابن ماجه (تجارات، ٥٩)، والدارمي (بيوع، ٤٥)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٤/ ٣٢١.

وكذا الفلوس خلافاً لمحمد وفي اللبن والآجر إذا سميَّ ملبن معلوم وفي المذروع كالثوب إنْ بين طوله وعرضه ورقعته وفي السمك المليح وزناً ونوعاً معلومين وكذا الطري في حينه فقط ولا يجوز فيهما عدداً ولا في الحيوان وأطرافه ولا في جلوده عدداً

والرمان، والسفرجل وغيرها، فلا يجوز السلم في شيء منها عدداً للتفاوت إلاَّ إذا ذكر ضابطاً غير مجرد العدد كطول وغلظ وغير ذلك كما في البحر وغيره، لكن في شرح المجمع وذكر في المختلف يجوز السلم في الجوز والبيض عدداً وكيلاً ووزناً وقال زفر: يجوز كيلاً ووزناً.

وكذا ذكر في المبسوط وفي فتاوي الأفطس اجمعوا على أنَّ السلم يجوز في الجوز كيلاً وفي البيض وزناً، انتهى فعلى هذا يظهر مخالفة ما في البحر وغيره من أنه منعه زفر كيلاً تدبر **(وكذا)** في **(الفلوس)** أي يصح السلم فيها عدداً لأنَّ الثمنية فيها ليست خلقية.

وإنما الجواز فيها بالإصطلاح فللعاقدين إبطالها **(خلافاً لمحمد)** لأنَّها أثمان وفي البحر وظاهر الرواية عن الكل الجواز وإذا بطلت ثمنيتها لا تخرج عن العد إلى الوزن للعرف إلاّ أنْ يهدره أهل العرف كما هو في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الأعصار عددية في ديارنا أيضاً، انتهى فعلى هذا يكون اختيار المصنف غير الظاهر، فلهذا قال خلافاً لمحمد، لكن الأولى أنْ يقول: وعن محمد تدبر. **(وفي اللبن)** بفتح اللام وكسر الباء وهو الطوب النيء وشرط في الخلاصة ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن **(والآجر)**، بضم الجيم وتشديد الراء مع المد. واللبن إذا طبخ **(إذا سميَّ ملبن)** بكسر الميم وفتح الباء قالبهما **(معلوم)** لأنَّ التفاوت حينئذ يكون أقل **(و)** يصح السلم **(في المذروع كالثوب إنْ بين طوله وعرضه ورقعته)** أي غلظه ورقته وفي المنح وصفته أي من قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الملحم أو حرير ونحو ذلك، وصنعة كعمل الشام أو الروم لأنَّه يصير معلوماً بذكر هذه الأشياء، فلا يؤدي إلى النزاع قبل هذا إذا كان الثوب غير الحرير، إذ لو كان حريراً لا بد أيضاً من بيان وزنه **(و)** يصح **(في السمك المليح)** أي القديد بالملح **(وزناً ونوعاً معلومين)** لأنَّه لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه **(وكذا الطري في حينه فقط)** أي يصح في سمك طري حين يوجد غير مقيد بوقت دون وقت حتى كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً وزناً ونوعاً، **(ولا يجوز)** السلم **(فيهما)** أي في المليح والطري **(عدداً)** لتفاوت آحاده بالكبر والصغر، وعن الإمام أنَّ السمك لا

. . . .

وأما التبر فكالمضروب وقيل كالعروض **(و)** يصح **(في اللبن)** بكسر الباء **(والآجر إذا سمي ملبن معلوم و)** يصح **(في المذروع كالثوب إن بين طوله وعرضه ورقعته)** وكذا وزنه إنْ بيع به. **(وفي السمك المليح)** ومالح لغة ردية **(وزناً ونوعاً معلومين وكذا)** يصح في **(الطري في حينه فقط ولا يجوز فيهما عدداً)** للتفاوت **(ولا)** يصح **(في الحيوان وأطرافه)** لما قلنا **(ولا في جلوده عدداً ولا في الحطب حزماً والرطبة)** أي البرسيم **(جرزاً)** مشدودة **(ولا في الجوهر والخرز)** إلا صغار لو تباع وزناً **(ولا في اللحم**

ولا في الحطب حزماً والرطبة جرزاً ولا في الجوهر، والخرز ولا في اللحم طرياً وقالا: يصح إذا وصف موضع معلوم منه بصفة معلومة ولا يجوز السلم بكيل أو ذراع معين لا يدري قدره حالاً ولا في طعام قرية أو تمر نخلة معينة ولا فيما لا يبقى من حين العقد إلى

يصح فيه السلم لا طرياً ولا مليحاً لأنَّه لحم فصار كالسلم في اللحم، وفي الإيضاح والصحيح من المذهب أنَّ السمك الصغار يجوز السلم فيه كيلاً ووزناً، وفي الكبار روايتان ولا فرق بين الطري والمليح، **(ولا)** يصح السلم **(في الحيوان)** طائراً أو غيره لتفاوت آحاده خلافاً للشافعي، إذ عنده يجوز إذا كان موصوفاً لا مكان الضبط بمعرفة النوع، واللون والوصف والسن **(وأطرافه)** كالرؤوس والأكارع **(ولا في جلوده عدداً)** لكون التفاوت في الصغر والكبر فاحشاً، وعند مالك يجوز في الرؤوس والجلود عدداً للتقارب، وفي العناية ولا يتوهم أنَّه يجوز وزناً لقيد عدداً لأنَّ معناه أنَّه عددي فحيث لم يجز عدداً لم يجز وزناً بالطريق الأولىٰ لأنَّه لا يوزن عدداً. وفي الذخيرة أنَّ بين للجلود ضرباً معلوماً يجوز لانتفاء المنازعة حينئذ، **(ولا)** يصح **(في الحطب حزماً و)** لا **(الرطبة جرزاً)** لأنَّ هذا مجهول لا يعرف طوله وغلظه، حتى إذا عرف ذلك بأنّ بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع جاز ولو قيد الوزن في الكل صح كما في الفتح، **(ولا)** يصح **(في الجوهر، والخرز)** بالتحريك الذي ينظم لتفاوت آحاده إلاّ صغار اللؤلؤ، لو كانت تباع وزناً فيجوز السلم فيها وزناً لأنَّ الصغار إنما يعلم به **(ولا)** يصح **(في اللحم طرياً)** عند الإمام **(وقالا: يصح إذا وصف موضع معلوم منه بصفة معلومة)**. وفي البحر وقالا: يجوز إذا بين جنسه ونوعه وسنه، وموضعه وصفته وقدره لأنَّه موزون مضبوط الوصف كالآلية والشحم بخلاف لحم الطيور، فإنَّه لا يقدر على وصف موضع منه، وله أنْ يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدي إلى المنازعة، وفي منزوع العظم روايتان، والأصح عدمه ولذا أطلقه في الكتاب وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما، وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم، وقد قيل لا خلاف فمنع الإمام فيما إذا أطلق السلم في اللحم وقولهما: فيما إذا بينا وإذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقاً، **(ولا يجوز السلم بكيل أو ذراع معين)** قيد للكيل والذراع **(لا يدري قدره)** أي قدر ذلك الصاع والذراع لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به، **(حالاً)** قيد بكونه لم يدر قدره لأنهما لو كانا معلومي المقدار جاز، **(ولا)** يجوز **(في طعام قرية أو تمر نخلة معينة)** إذ ربما تعرضهما آفة فلا يمكن التسليم قيد بقرية لأنَّه لو أسلم في طعام ولاية يجوز لأنَّ وصول الآفة لطعام كل الولاية

....

طرياً، وقالا: يصح إذا وصف موضع معلوم منه بصفة معلومة) وبه قالت الأئمة الثلاثة: وعليه الفتوى كما في البحر وشرح المجمع. **(قلت)**: لكن في القهستاني أنَّه يصح في منزوع العظم بلا خلاف إنما الخلاف في غير المنزوع انتهى لكن صرح غيره بروايتين فتنبه **(ولا يجوز السلم بكيل أو ذراع معين لا يدري قدره)** بخلاف البيع به **(حالاً ولا في طعام قرية)** بعينها **(أو ثمر نخلة معينة)** إلاَّ إذا كان النسبة لبيان

حين المحل وشرطه بيان الجنس كبر أو شعير والنوع كسقية أو بخسية والصفة كجيد أو رديء والقدر نحو كذا رطلاً أو كيلاً بما لا ينقبض، ولا ينبسط وأجل معلوم وأقله شهر

نادر، وهذا إذا نسب إلى قرية ليؤدي من طعامها. وأما إذا نسب إليها لبيان وصف الطعام، فالسلم جائز كما في شرح المجمع، **(ولا)** يجوز **(فيما لا يبقى)** في الأسواق والبيوت **(من حين العقد إلى حين المحل)** بكسر الحاء المهملة مصدر قولهم: حل الدين أي إلى حين حلول الأجل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو بالعكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تسلفوا في الإثمار حتى يبدو صلاحها»[1]، ولاحتمال موت المسلم إليه بعد العقد قبل أنْ يبلغ المحل إذ يحل الأجل ويلزم التسليم والاحتمال في هذا العقد ملحق بالحقيقة خلافاً للشافعي إذ عنده يجوز إنْ وجد وقت الحلول، فلا يلزم الاستمرار، **(وشرطه)** أي شرط جواز السلم تسعة أشياء ذكر المصنف منها ثمانية، الأول: **(بيان الجنس كبر أو شعير و)** الثاني بيان **(النوع كسقيه)** بفتح السين وتشديد الياء أي مسقية وهي ما تسقىٰ سيحاً **(أو بخسية)** بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وهيَّ ما تسقى بالمطر نسبة إلى البخس لأنَّها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السيح غالباً، **(و)** الثالث بيان **(الصفة كجيد أو رديء و)** الرابع بيان **(القدر نحو كذا رطلاً أو كيلاً بما لا ينقبض، ولا ينبسط)**، فلا يجعل مثل الزنبيل كيلاً لاحتمال الزيادة والنقصان، ويجعل مثل قربة الماء كيلاً عند أبي يوسف للتعامل، **(و)** الخامس بيان **(أجل معلوم)** إذ السلم لا يجوز إلاَّ مؤجلاً عندنا وعند الشافعي الأجل ليس بشرط لأنَّه عليه الصلاة والسلام، رخص فيه مطلقاً، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في آخر الحديث: «إلى أجل معلوم»[2]، ولأنَّه شرع رخصة للفقراء فلا بد من مدة

. . . .

الصفة، **(ولا)** يصح **(فيما لا يبقى من حين إلى حين المحل)** حتى لو كان منقطعاً عند العقد كما إذا أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها، أو عند الأجل أو فيما بين ذلك لا يجوز. **(قلت)**: وعليه فقولهم في وثيقة السلم جديد عامة مفسد له فليحفظ **(وشرطه)** أي شرط صحته التي تذكر في العقد تسعة ذكر منها ثمانية فقال **(بيان الجنس كبر أو شعير و)** بيان **(النوع كسقية أو بخسية)** أي بعلية **(و)** بيان **(الصفة كجيد أو رديء و)** بيان **(القدر نحو كذا رطلاً أو كيلاً بما لا ينقبض ولا ينبسط)** كما مر **(و)** بيان **(أجل معلوم وأقله**

---

(١) أخرجه البخاري (زكوة، ٥٨)، (بيوع، ٨٣، ٨٥، ٨٦، ٨٧) (مساقاة، ١٧)، ومسلم (بيوع، ٤٩، ٥٤، ٥٦ ـ ٥٩، ٨١)، وأبو داود (بيوع، ٢٢)، وابن ماجه (تجارات، ٣٢)، والموطأ (بيوع، ١٠)، والدارمي (بيوع، ٢١)، وأحمد بن حنبل (٢، ٧، ٤١، ٦٣، ٧٥، ٧٩، ٨٠، ١٢٣، ٢٦٢، ٣٦٣، ٥، ١٨٥، ١٩٠، ١٩٢، ٦، ٧٠، ١٠٦)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٣/ ٣٤٢.

(٢) أخرجه البخاري (تسلم، ١، ٢، ٣، ٧)، ومسلم (مساقاة، ١٢٨)، وأبو داود (بيوع، ٥٥)، والترمذي (بيوع، ٦٨)، والنسائي (بيوع، ٦٣)، وابن ماجه (تجارات، ٥٩)، والدارمي (بيوع، ٤٥)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٤/ ٣٢١.

في الأصح وقدر رأس المال إنْ كان كيلياً أو وزنياً أو عددياً فلا يجوز في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما ولا بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه ومكان إيفائه إنْ

ليقدر على التحصيل والتتميم والإيصال والتسليم (**وأقله**) أي أقلّ الأجل في السلم (**شهر في الأصح**). روي ذلك عن محمد وعليه الفتوى لأنَّ ما دونه عاجل، والشهر وما فوقه آجل بدليل مسألة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر بر، وقيل ثلاثة أيام، وقيل عشرة أيام، وقيل أكثر من نصف يوم. وقال صدر الشهيد: والصحيح ما رواه الكرخي أنَّه مقدر بما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه وفي الفتح وهو جدير أنْ لا يصح لأنَّه لا ضابط يتحقق فيه.

وكذا من رواية أخرى عن الكرخي أنَّه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله، كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان، انتهى وفي البحر هو جدير بأن يصح، ويعول عليه فقط لأنَّ من الأشياء، ما لا يمكن تحصيله في شهر فيؤدي إلى التقدير به إلى عدم حصول المقصود من الأجل وهو القدرة على تحصيله، انتهىٰ هذا مسلم إنْ كان التقدير مخصوصاً بالشهر لا بالزيادة فليس كذلك لأنَّ ما نحن فيه أقل بيان الأجل لا أكثره حتى يرد عليه قوله إنَّ من الأشياء ما لا يمكن تحصيله إلى آخره، لأنَّه إنْ حصل في الشهر فيها وإن لم يحصل فيه واتفقا على زيادة عليه جاز بلا مانع تدبر، (**و**) السادس بيان (**قدر رأس المال إنْ كان كيلياً أو وزنياً أو عددياً**) أي وشرطه بيان قدر رأس المال، إذا كان العقد يتعلق على مقداره، وإن كان مشاراً إليه عند الإمام (**فلا يجوز في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما**)، يعني إذا أسلم مائة درهم في كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل منهما لا يصح عنده لأنَّ إعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة، وهي تعرف بالظن فتكون مجهولة حتى لو كان من جنس واحد يصح لأنَّ رأس المال ينقسم عليهما على السواء (**ولا**) يجوز السلم (**بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه**) كما في الوقاية، يعني إذا أسلم عشرة دراهم وعشرة دنانير في عشرة أقفز بر لم تجز عنده لأنَّ الدراهم والدنانير المذكورة إذا لم تعلم وزناً يلزم عدم بيان حصة كل منهما من المسلم فيه.

وكذا إذا علم وزن واحد منهما دون الآخر حيث يلزم بطلان العقد في حصة ما لم يعلم، ويبطل في حصة الآخر للجهالة ولكون الصفقة واحدة واعترض بأنَّ هذا التصوير إنما تستقيم

شهر في الأصح) وعليه الفتوى (و) بيان (**قدر رأس المال**) جنساً ونوعاً وقدراً وانتقاداً ولو مشاراً إليه (**إنْ كان كيلياً أو وزنياً أو عددياً**) متقارباً واكتفيا بالإشارة كما في مذروع، وحيوان قلنا: ربما يجد ببعضه عيباً أو يتعذر المسلم فيه فيحتاج لرد رأس المال فيفضي إلى المنازعة وحينئذ (**فلا يجوز في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما**) كأن أسلم مائة درهم في كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل لم يجز للجهالة (**ولا بنقدين**) كان أسلم دراهم ودنانير في كر بر (**بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه**) لأنَّه لم يبين بعض رأس المال فلم يجز لما قلنا (و) السابع بيان (**مكان إيفائه إنْ كان له حمل، ومؤنة**) وعيناً

كان له حمل ومؤنة، وعندهما لا يشترط معرفة قدر رأس المال إذا كان معيناً ولا مكان الإيفاء ويوفيه في مكان عقده ومثله الثمن والأجرة والقسمة وما لا حمل له يوفيه حيث

على عبارة الهداية وغيرها حيث قالوا لو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما فعلى هذا يكون غير المبين رأس المال.

وأما في عبارة الوقاية فلكون الظاهر أنَّ غير المبين هو حصة رأس المال من المسلم فيه وبينهما مخالفة ظاهرة، انتهى وأجاب بعض الفضلاء، والحق أنَّه لا مخالفة لأنَّ بيان الحصة من المسلم فيه بيان رأس المال كما لا يخفى تأمل (و) السابع بيان (**مكان إيفائه**) أي إيفاء المسلم فيه (**إنْ كان له حمل**) بفتح الحاء الثقل (**ومؤنة**) كالحنطة، قيل ما لا يحمل إلى مجلس القضاء مجاناً وقيل ما لا يمكن رفعه بيد واحدة هذا عند الإمام (**وعندهما لا يشترط معرفة قدر رأس المال إذا كان معيناً**) لأنَّه صار معلوماً بالإشارة كما في الثمن والأجرة. وله أنَّ جهالة قدر رأس المال، قد يفضي إلى جهالة المسلم فيه بأنْ ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيباً فيرده ولا يتفق له الإستبدال في مجلس العقد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره، ولا يدري قدره فيفضي إلى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي. وفي البحر والأولى أنْ يعلل للإمام بأنَّه ربما لا يقدر على المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال فيجب أنْ يكون معلوماً.

وأما ما ذكروه فيندفع بما قدمناه من أنَّ الانتقاد شرط بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأنَّ الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره (**ولا**) يشترط بيان (**مكان الإيفاء ويوفيه في مكان عقده**) عندهما لأنَّ التسليم وجب بالعقد فتعين مكانه له ولأنَّه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر وصار كالقرض والغصب، وللإمام أنَّ التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض، والغصب، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة لأنَّ قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان، وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال: من قال من المشائخ: أنَّ الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه، لأنَّ تعيين المكان من قضية العقد عندهما كما في الهداية (**ومثله**) أي مثل المسلم فيه في الخلاف في اشتراط تعيين مكان الإيفاء (**الثمن**) المؤجل الذي لحمله مؤنة كما إذا باع ثوباً بمد حنطة مؤجلة فإنَّه يشترط بيان مكان إيفاء الحنطة عنده في الصحيح وعندهما يتعين

. . . .

مكان العقد وقد أفاد الخلافين بقوله: (**وعندهما لا يشترط معرفة قدر رأس المال إذا كان معيناً و**) كذا (**لا**) يشترط عندهما (**مكان الإيفاء ويوفيه في مكان عقده**) وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة: والأول المختار لأنَّ الخلاف لم يذكر في خزانة المفتيين.

كذا في القهستاني فليحفظ. (**قلت**) وكذا في تنوير الأبصار ويؤيده تقديم المصنف له على دأبه فتنبه، (**ومثله**) في هذا الخلاف (**الثمن والأجرة والقسمة**) شرط دين لأحدهما علي بصاحبه لحمله مؤنة

شاء في الأصح اتفاقاً وقبض رأس المال قبل التفرق شرط بقائه، فلو أسلم مائة نقداً ومائة ديناً على المسلم إليه في كربطل في حصة الدين فقط ولا يجوز التصرف في رأس

للإيفاء مكان العقد في الثمن. وقيل: لا يشترط في الكل **(والأجرة)** كما لو استأجر داراً أو دابة بمكيل أو موزون موصوف بالذمة، فإنَّه يشترط بيان مكان الإيفاء عنده خلافاً لهما ويتعين في إجارة الدار موضع الدار للإيفاء وموضع تسليم الدابة في إجارة الدابة **(والقسمة)** بأنْ اقتسما داراً وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة، فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء، وعندهما يتعين مكان العقد **(وما لا حمل له)** ولا مؤنة كالمسك والكافور ونحوهما، **(يوفيه حيث شاء في الأصح اتفاقاً)**، قال صاحب الهداية: وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع، لأنَّه لا تختلف قيمته، ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه وهذه رواية الجامع الصغير في البيوع، وذكر في الإجارات يوفيه في أي مكان شاء، وهو الأصح لأنَّ الأماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكاناً قيل: لا يتعين لأنّه لا يفيد، وقيل: يتعين لأنّه يفيد سقوط خطر الطريق انتهى، فعلى هذا قول المصنف في الأصح احتراز عن رواية الجامع الصغير وقوله: اتفاقاً قيد لعدم الاحتياج إلى بيان الإيفاء وتعيينه إذا لم يكن له حمل، ولا مؤنة، فلا وجه لما قيل: من أنَّ قول المصنف يوفيه حيث شاء في الأصح اتفاقاً لا يخلو عن شيء، لأنَّه يشعر بأن الإيفاء حيث شاء متفق عليه في الأصح، وإنْ ذكر بعضهم أنَّه مختلف فيه وليس الأمر كذلك تدبر، قيل: هذا إذا أمكن الإيفاء في موضع العقد، إذ لو كان العقد في لجة البحر أو قلة الجبال يوفيه في أقرب الأماكن من مكان العقد، وفي التنوير شرط الإيفاء في مدينة فكل محلاتها سواء في الإيفاء حتى لو أوفاه في محلة منها بريء (و) الثامن **(قبض رأس المال)** ولو غير نقد بالتخلية **(قبل التفرق)** أي قبل تفرق العاقدين بالبدن لأنَّ السلم أخذ آجل بعاجل، وذلك بالقبض قبل الإفتراق فلا يضر القبض بعد مشيهما فرسخاً أو أكثر أو نومهما والإفتراق أنْ يتوارى أحدهما صاحبه حتى لو دخل رب السلم بيته لإخراج الدراهم، ولم يغب عن عين صاحبه لا يكون افتراقاً **(شرط بقائه)** أي بقاء العقد على الصحة، لا شرط انعقاده فينعقد

. . . .

كزيادة غرس أو بناء فتصح القسمة ويشترط بيان مكان الإيفاء عنده وعيناً مكان القسمة كما يتعين مكان البيع، والقرض والإتلاف، والغصب للإيفاء اتفاقاً قلنا: هذه واجبة التسليم للحال بخلاف الأول فافترقا **(وما لا حمل له)** كمسك لا يشترط بيان مكان إيفائه اتفاقاً وحينئذ **(يوفيه حيث شاء في الأصح)** وبه جزم في التنوير خلافاً للقهستاني وغيره، **(اتفاقاً)** ولو عين مكاناً تعين في الأصح، ولو شرطا الإيفاء في مدينة فكل محلاتها سواء فيه ولو شرط حمله إلى منزله بعد الإيفاء من المكان المشروط لم يصح لاجتماع الصفقتين الإجارة، والتجارة (و) الثامن **(قبض رأس المال قبل التفرق)** بالأبدان وهو **(شرط بقائه)** صحيحاً لا شرط انعقاده بوصفها. **(قلت)**: وبه علم أنَّ غير القبض شرط صحة العقد فإذا فقد واحد منها بطل العقد بشهادة ما تقرر في الأصول وأفاده بتفريعه بقوله **(فلو أسلم مائة نقداً)** عيناً **(ومائة ديناً)** له **(على المسلم إليه)** في ذمته **(في كر بطل)** العقد اتفاقاً لفقدان القبض **(في حصة الدين فقط)** لأنَّه

المال أو المسلم فيه قبل قبضه بشركة أو تولية ولا شراء شيء من المسلم إليه برأس المال بعد التقابل قبل قبضه ولو اشترى كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح ولو أمر

صحيحاً بدونه ثم يفسد بالإفتراق بلا قبض، فلو أبى المسلم إليه قبضه في المجلس أجبر عليه، وفيه إشارة إلى أنَّ شرط الخيار مفسد للسلم لأنَّه يمنع تمام القبض، والشرط التاسع الذي لم يذكره المصنف هو القدرة على تحصيل المسلم فيه، وزاد صاحب البحر تسعاً آخر فليطالع **(فلو)** تفريع على قوله: وقبض رأس المال **(أسلم)** رجل إلى آخر **(مائة نقداً ومائة ديناً على المسلم إليه في كر بطل)** السلم **(في حصة الدين فقط)** سواء كان العقد مطلقاً بأن قال: أسلمت إليك مائتي درهم في كر حنطة، ثم جعلا مائة من رأس المال تقاصاً بالدين أو مقيداً بأن أسلمت إليك في مائة نقد ومائة دين لي عليك، وسواء أضيف إلى دراهم بعينها أو لا وذلك لفقدان القبض.

وإنما قال ديناً: على المسلم إليه لأنَّه لو كان الدين على الأجنبي فهو غير صحيح في حق الكل حتى لو نقد الكل من ماله في المجلس لم ينقلب جائزاً بخلاف، ما إذا كان الدين على المسلم إليه فإنَّه بالنقد في المجلس ينقلب إلى الجواز، وعند زفر السلم باطل في الكل لسريان الفساد **(ولا يجوز التصرف في رأس المال أو المسلم فيه قبل قبضه)**، أي قبل قبض المسلم إليه رأس المال، وقبل قبض رب السلم المسلم فيه **(بشركة أو تولية)** لأنَّ المسلم فيه مبيع، والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز ولرأس المال شبه بالمبيع، فلا يجوز التصرف قبل القبض ففي التولية تمليكه بعوض، وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز، وصورة الشركة فيه أنْ يقول ربُّ السلم لآخر: أعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك، وصورة التولية أنْ يقول: أعطني مثل ما أعطيت المسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك، وإنَّ خصهما بالذكر لأنهما أكثر وقوعاً من غيرهما، **(ولا)** يجوز لرب السلم **(شراء شيءٍ من المسلم إليه برأس المال بعد التقابل)** في عقد المسلم الصحيح بعد وقوعه **(قبل قبضه)** بحكم الإقالة استحساناً لقوله عليه السلام: «لا تأخذ إلا سلمك، أو رأس مالك»، أي لا تأخذ إلا ما أسلمت فيه حال قيام العقد أو رأس مالك بعد الإنفساخ فتركنا القياس عملاً به لأنَّ النبي عليه الصلاة والسلام جعل

. . . .

دين بدين، وصح في حصة النقد اتفاقاً ولم يسع الفساد لأنَّه طار حتى لو نقد الدين في مجلسه صح. **(قلت)**: ومفاده أنَّ البطلان هنا بمعنى الفساد فتنبه، ولو أحدهما دنانير أو على غير عاقد فسد في الكل لكن في القهستاني عن المحيط لو كان الدين على أجنبي بطل في الكل ولا ينقلب جائزاً بنقد الكل في المجلس فليحفظ والشرط التاسع الذي لم يذكره المصنف هو القدرة على تحصيل المسلم فيه ذكره الباقاني كغيره. **(قلت)**: وبقي من الشروط كون رأس المال منقوداً وعدم الخيار وأنْ لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا وعدها العيني تبعاً للغاية سبعة عشر وزاد غيره غيره **(ولا يجوز التصرف في رأس**

مقرضه بذلك صح وكذا لو أمر ربَّ سلمه بقبضه له ثم لنفسه فاكتاله لأجل المسلم إليه ثم لنفسه صح ولو اكتال المسلم إليه في ظرف ربّ السلم بأمره وهو غائب لا يكون قبضاً ولو اكتال البائع كذلك كان قبضاً بخلاف ما لو اكتاله في ظرف نفسه أو في ناحية بيته ولو

حق ربِّ السلم أخذ المسلم فيه قبل الإقالة، وأخذ رأس المال بعدها ثم لا يجوز الإستبدال قبل الإقالة بالمسلم فيه لئلا يصير قابضاً حق غيره، فكذا بعدها برأس المال، وعند زفر وهو قول الأئمة الثلاثة: يجوز استبدال ربِّ المسلم به شيئاً من المسلم إليه قياساً باعتبار سائر الديون **(ولو اشترى)** المسلم إليه **(كراً وأمر رب السلم بقبضه)** أي بقبض الكر الذي اشتراه ولم يقبضه من البائع **(قضاء)** أي لأجل القضاء عليه من الكر المسلم فيه **(لم يصح)** لأنَّه اجتمعت صفقتان السلم، وهذا الشراء فلا بد من أنْ يجري فيه الكيلان **(ولو أمر مقرضه بذلك صح)** يعني لو كان الكر قرضاً لا سلماً فاشترى المستقرض كراً من غيره وأمر مقرض بقبضه قضاءٍ لحقه، فإنَّه يصح، وإن لم يعد الكيل لأنَّ القرض إعارةً وكان المقبوض عين حقه تقديراً فلم يكن استبدالاً، **(وكذا لو أمر)** المسلم إليه **(ربَّ سلمه بقبضه)** أي بقبض الكر منه **(له)** أي لأجل مسلم إليه **(ثم)** بقبضه ثانياً **(لنفسه)** أي لنفس رب السلم **(فاكتاله)** أي رب السلم **(لأجل المسلم إليه ثم)** اكتاله **(لنفسه صح)** لاجتماع الكيلين **(ولو اكتال المسلم إليه في ظرف ربِّ السلم بأمره)** أي بأمر رب السلم **(وهو)** والحال أنَّه **(غائب لا يكون قبضاً)** لأنَّ في السلم لم يصح أمر ربِّ السلم بالكيل، لأنَّ حقه في الدين لا في العين فأمره لم يصادف ملكه، فالمسلم إليه جعل ملكه في ظرف استعارة من ربِّ السلم، قيد بغيبته لأنَّه لو كان حاضراً وكاله المسلم إليه بحضرته وخليَّ بينه، وبين الطعام يصير قابضاً لأنَّ التخلية تسليم **(ولو اكتال البائع كذلك)** يعني لو اشترى من آخر طعاماً ودفع المشتري إلى البائع ظرفاً وأمره أن يكيله ويجعله في الظرف ففعل البائع والمشتري غائب **(كان قبضاً)** لأنَّه كان مالكاً للعين بالشراء فأمره صادف ملكه فيكون قابضاً بوضعه في ظرفه، وكان البائع وكيلاً في إمساك الظرف فجعل في يد المشتري حكماً لأنَّ الوكيل في القبض كالموكل **(بخلاف ما لو اكتاله)** البائع **(في ظرف نفسه)** لأنَّ المشتري صار مستعيراً ظرفه ولم يقبضه فلم تصح العارية، لأنَّها تبرع، فلا يتم بلا قبض، فلا يصير الواقع فيه واقعاً في يد المشتري **(أو)** اكتاله **(في ناحية بيته)** أي بيت البائع لأنَّ البيت ونواحيه في يده فلم يصر المشتري

. . . .

المال) للمسلم فيه **(أو المسلم فيه)** لرب المسلم **(قبل قبضه بشركة أو تولية)** أو مرابحة ونحوها بخلاف حوالة أو كفالة ذكره الشمني **(ولو شراء شيء من المسلم إليه برأس المال بعد التقابل قبل قبضه)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»، وهذا لو العقد صحيحاً فلو فاسداً جاز الاستبدال كسائر الديون **(ولو اشترى)** المسلم إليه في **(كراً أو أمر)** المشتري **(رب السلم بقبضه قضاء)** عما عليه **(لا يصح)** للزوم الكيل مرتين ولم يوجد **(ولو)** كان الكر قرضاً و **(أمر مقرضه بذلك صح)** لأنَّه إعادة لا استبدال، **(وكذا لو أمر)** المسلم إليه **(رب سلمه بقبضه له، ثم لنفسه فاكتاله)** مرتين **(لأجل**

اكتال العين والدين في ظرف المشتري أن بدأ بالعين كان قبضاً وأنْ بدأ بالدين فلا وعندهما صح قبض العين فإن شاء رضيَّ بالشركة وإن شاء فسخ البيع، ولو أسلم أمة في كر وقبضت ثم تقايلا فماتت قبل ردها بقي التقايل وتجب قيمتها يوم قبضها ولو ماتت ثم

قابضاً (ولو اكتال العين والدين في ظرف المشتري) بأن اشترى رجل من آخر كراً بعقد السلم وكراً معيناً بالبيع عند حلول أجل السلم، ثم أمر المشتري البائع بأن يجعل الكرين في ظرف المشتري (أن بدأ) البائع هو المسلم إليه (بالعين كان قبضاً) أي كان المشتري هو ربُّ السلم قابضاً لهما.

أما في العين فلصحة الأمر فيه، وأما في الدين فلاتصاله بملك المشتري كمن استقرض حنطة وأمره أنْ يزرعها في أرضه، وكمن دفع إلى صائغ خاتماً وأمره أنْ يزيد من عنده نصف دينار (وإنْ بدأ) البائع (بالدين فلا) يكون قابضاً لهما عند الإمام، أما في الدين فلعدم صحة الأمر فيه، وأما في العين فلأنَّه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عنده فينتقض البيع مع أنَّ الخلط غير مرضي به من جهة الآمر لجواز أنْ يكون مراده البداية بالعين فلم يتحقق رضاه حتى يكون شريكاً له، (وعندهما صح قبض العين فإن شاء رضيَّ بالشركة) في المخلوط (وإن شاء فسخ البيع) لأنَّ الخلط ليس باستهلاك عندهما كما في الهداية، وخصه قاضيخان يقول محمد: أما عند أبي يوسف إذا بدأها بالدين يصير قابضاً لهما كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين إذ الخلط ليس باستهلاك، وقال محمد: يصير قابضاً للعين دون الدين فيشتركان فيه، ولم يبرأ عن الدين وكذا لو استقرض رجل كراً ودفع إليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لم يكن قبضاً كما في المنح (ولو أسلم أمة في كر) من بر مثلاً أي جعل أمة رأس المال في اشتراء كر بعقد السلم (وقبضت) الأمة أي قبضها المسلم إليه (ثم تقايلا) عقد السلم (فماتت) أي ثم ماتت الأمة في يد المسلم إليه (قبل ردها) أي الأمة إلى رب السلم (بقي التقايل) على حاله ولم يبطل بهلاكها (وتجب) على المسلم إليه (قيمتها) أي الأمة (يوم قبضها)

. . . .

المسلم إليه ثم لنفسه صح) لوجود الكيل فيهما **(ولو اكتال المسلم إليه في ظرف رب السلم)** أي وعائه **(بأمره، وهو غائب لا يكون قبضاً)** فلو بحضرة يصير قابضاً بالتخلية **(ولو اكتال البائع كذلك كان قبضاً بخلاف ما لو اكتاله في ظرف نفسه أو في ناحية بيته)** لم يكن قبضاً **(ولو اكتال العين والدين في ظرف المشتري إنْ بدأ بالعين كان قبضاً وإنْ بدأ بالدين فلا)** يكون قبضاً **(وعندهما صح قبض العين فإن شاء رضي بالشركة، وإن شاء فسخ البيع)** لأنَّ الخلط ليس باستهلاك عندهما، **(ولو أسلم أمة في كر وقبضت ثم تقايلا فماتت قبل ردها بقي التقايل وتجب قيمتها يوم قبضها)** لأنَّه سبب الضمان **(ولو ماتت، ثم تقايلا صح التقايل)** لبقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه **(وكذا المقايضة)** كالسلم **(في الوجهين بخلاف الشراء بالثمن فيهما)**، لأنَّ الأمة أصل في المبيع والحاصل جواز الإقالة في السلم قبل هلاك الجارية

تقايلا صح التقايل. وكذا المقايضة في الوجهين بخلاف الشراء بالثمن فيهما ولو ادعى أحد عاقدي السلم بيان الأجل أو اشتراط الرداءة وأنكر الآخر فالقول لمدعيهما مطلقاً وقالا للمنكر: إن كان ربَّ السلم في الأولى أو المسلم إليه في الثانية والاستصناع بأجل

أي الأمة **(ولو ماتت)** الأمة قبل الإقالة **(ثم تقايلا صح التقايل)**، أي الإقالة بعد موتها ويجب على المسلم إليه قيمتها يوم القبض لأنَّ شرط الإقالة بقاء العقد، وهو يبقى ببقاء المعقود عليه، وهو المسلم فيه وهو باقٍ في ذمة المسلم إليه بعد هلاكها فإذا انفسخ العقد وجب عليه ردها، وقد عجز بموتها فتجب عليه قيمتها كما لو تقابضا، ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما أو هلك أحدهما بعد الإقالة.

وإنما اعتبر يوم القبض لأنَّه سبب الضمان كالغصب **(وكذا المقايضة)** وهي بيع سلعة بسلعة **(في الوجهين)** هو الموت بعد التقايل والتقايل بعد الموت لأنَّ كل واحدٍ منهما مبيع من وجه وثمن من وجه، ففي الباقي يعتبر المبيعة وفي الهلاك الثمنية **(بخلاف الشراء بالثمن فيهما)** أي إذا اشترى أمة بألف، ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأنَّ المعقود عليه في البيع إنما هو الأمة، ولا يبقى العقد بعد هلاكها، فلا تصح الإقالة ابتداء، ولا تبقى انتهاء لانعدام محلها كما في الهداية وفي التنوير تقايلا البيع في عبد فأبقَ من يد المشتري فإنْ لم يقدر المشتري على تسليمه بطلت الإقالة والبيع بحاله **(ولو ادعى أحد عاقدي السلم بيان الأجل أو)** ادعى **(اشتراط الرداءة وأنكر الآخر)** يعني لو قال أحدهما: شرطنا التأجيل، وقال الآخر: لم نشترط شيئاً أو قال أحدهما: شرطنا طعاماً ردياً وقال الآخر: لم نشترط **(فالقول لمدعيهما)** أي لمدعي الأجل والرداءة **(مطلقاً)** سواء كان مدعيهما لرب السلم أو المسلم إليه عند الإمام لأنَّ المدعي يدعي الصحة فكان القول له: وإنْ أنكر خصمه إذ الظاهر شاهد له لأنَّ العقد الفاسد معصية، والظاهر من حال المسلم التحرز عنه، **(وقالا للمنكر: إن كان)** المنكر **(ربَّ السلم في)** الصورة **(الأولى)** أي القول لرب السلم عندهما إذا ادعى المسلم إليه التأجيل لأنَّه ينكر حقاً عليه وهو الأجل **(أو)** كان ينكر **(المسلم إليه في)** الصورة **(الثانية)** وهيَ الرداءة لأنَّه منكر والأصل إنَّ من خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه بالإتفاق، وإنْ خرج خصومة بأنْ ينكر ما يضره مع اتفاقهما على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة: عنده وعندهما القول للمنكر سواء أنكر الصحة أو غيرها. وفي التنوير ولو اختلفا في مقداره فالقول للطالب: مع يمينه وإنْ برهن قبل وإنْ برهنا قضيَّ بينة المطلوب، واختلفا في مضيه فالقول للمطلوب لإنكاره توجه المطالبة وإنْ برهنا قضى بينة المطلوب، **(والاستصناع)**

. . . .

وبعده بخلاف البيع **(ولو ادعى أحد عاقدي السلم بيان الأجل أو اشتراط الرداءة وأنكر الآخر، فالقول لمدعيهما مطلقاً، وقال للمنكر: إن كان)** المنكر **(رب السلم في الأولى)** أي التأجيل **(أو المسلم إليه في الثانية)** أي الرداءة ولو اختلف في مقداره فالقول للطالب بيمينه، وإن برهن قبل، وإن برهنا قضي بينة

سلم فيصح فيما أمكن ضبط صفته وقدره تعورف أولاً وبلا أجل يصح استحساناً فيما تعورف فيه كخف وطست وقمقمة وهو بيع لا عدة فيجبر الصانع على عمله ولا يرجع

لغة طلب العمل متعد إلى مفعولين وشرعاً بيع ما يصنعه عيناً فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعاً فلو كان العين من المستصنع كان إجارة لا استصناعاً وكيفيته أنْ يقول لصانع كخفاف مثلاً اصنع لي من مالك خفاً من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين **(بأجل)** معلوم كأن يقول: شهر مثلاً **(سلم)** فيعتبر فيه شرائطه.

(فيصح فيما أمكن ضبط صفته وقدره تعورف) والاستصناع فيه **(أولاً)** عند الإمام لأنَّ السلم بالأجل ثابت بالكتاب والسنة والإجماع مطلقاً، والإستصناع بالأجل في عرفهم، فلا يحمل عليه وعندهما إنْ ضرب الأجل فيما تعورف فهو استصناع لأنَّ اللفظ حقيقة فيه، فيحفظ على مقتضاه، وإنْ ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعاً ويحمل الأجل فيما فيه تعامل على الاستعجال، هذا إذا كانت المدة على سبيل الاستمهال، أما إذا كان على سبيل الاستعجال بأنْ استصنع على أن يفرع عنه غداً أو بعد غد لا يصير سلماً بالإجماع، وحكى عن الهندواني أنَّه إن ذكره المستصنع فليس بسلم وإنْ ذكر الصانع فسلم، وقيل: إن ذكر أدنى مدة تمكن فيه من العمل فاستصناع وإن كان أكثر فسلم يراعى شرائطه، **(و)** الإستصناع **(بلا أجل)** معلوم **(يصح استحساناً فيما تعورف فيه كخف وطست وقمقمة)** وغير ذلك من الأواني، **(وهو بيع)** والقياس إنْ لا يصح لأنَّه بيع المعدوم وبه قال زفر: والأئمة الثلاثة: وجه الاستحسان إن المستصنع فيه المعدوم يجعل موجوداً حكماً كطهارة المعذور، فنزل منزلة الإجماع للتعامل من زمن النبي عليه الصلاة والسلام إلى يومنا هذا، وهو من أقوى الحجج وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً ومنبراً فصار كدخول الحمام بأجر فإنَّه جاز استحساناً للتعامل وإنْ أبى القياس جوازه لأنَّ مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول.

وكذا لو قال لسقاء أعطني شربة ماء بفلس أو أحتجم بأجر **(لا عدة)** كما ذهب إليه الحاكم

. . . .

المطلوب وأنَّ في مضيه، فالقول للمطلوب وإن اختلفا في السلم تحالفا استحساناً وتمامه فيما علقناه على التنوير **(والاستصناع)** هو طلب عمل الصنعة والعين جميعاً حتى لو كان العين من المستصنع كان إجارة لا استصناعاً كما في إجارة المحيط وكيفيته أن يقول لخفاف مثلاً: اخرز لي من أديمك خفا صفته كذا بكذا درهماً **(بأجل)** معلوم كشهر، ذكر على سبيل الاستمهال لا الاستعجال، فإنه يكون استصناعاً لا سلماً **(سلم)** فتعتبر شرائطه **(فيصح فيما أمكن ضبط صفته وقدره)** سواء **(تعورف أولاً)** وقالا: الأول استصناع والحاصل أنَّ المبيع لما كان ديناً أمكن تصحيحه سلماً أو استصناعاً فرجحا الاستصناع للإجماع ورجح السلم لكونه أقوى لثبوته بالنص والإجماع فيراعي حيث أمكن وإلاَّ كان استصناعاً كما أفاده بقوله، **(وبلا أجل)** معلوم **(يصح)** استصناعاً **(استحساناً)** لا قياساً لأنه بيع المعدوم **(فيما تعورف كخف وطست وقمقمة)** لا في غيره كجباب ونسج ثياب كما يأتي **(وهو)** إجارة ابتداء حتى لو مات

المستصنع عنه والمبيع هو العين لا عمله فلو أتى بما صنعه غيره أو بما صنعه هو قبل العقد فأخذه صح ولا يتعين للمستصنع بلا اختياره فيصح بيع الصانع له قبل رؤيته وله أخذه وتركه ولا يصح فيما لم يتعارف كالثوب.

الشهيد قائلاً إذا جاء مفروغاً عنه ينعقد بالتعاطي، ولذا يثبت الخيار لكل واحد منهما لكن الصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأنَّ محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة.

وفرع على كونه بيعاً بقوله (**فيجبر الصانع على عمله**) ولو كان عدة لم يجبر (**ولا يرجع المستصنع عنه**) أي عن أمره ولو كان عدة لجاز رجوعه، (**والمبيع هو العين لا عمله**) أي عمل الصانع. وقال البردعي: عمله نظراً إلى أنَّ الاستصناع مشتق من الصنع، وهو العمل، والأول أصح، لأنَّ المقصود هو العين، وذكر الصنعة لبيان الوصف، والجنس ويكون المبيع هو العين لأنَّه معطوف على ما بعد الفاء، لا العمل وفرع على كونه العين بقوله: (**فلو أتى**) الصانع (**بما صنعه**) **قبل العقد** (**غيره أو بما صنعه هو قبل العقد فأخذه**) أي المستصنع العين (**صح**) ولو كان المبيع عمله لما صح بيعه (**ولا يتعين**) المستصنع بفتح النون (**للمستصنع**) بكسر النون (**بلا اختياره**) ورضاه (**فيصح بيع الصانع له**) أي للمستصنع بفتح النون (**قبل رؤيته**) ولو تعين له لما صح بيعه (**وله أخذه وتركه**) أي للمستصنع بكسر النون بعد الرؤية بالخيار إنْ شاء أخذه وإنْ شاء تركه، ولا خيار للصانع فيجبر على العمل وعن الإمام أنَّ له الخيار دفعاً للضرر عنه والصحيح الأول، وعن أبي يوسف أنَّه لا خيار لواحد منهما (**ولا يصح**) الاستصناع بلا أجل، (**فيما لم يتعارف**) هو فيه (**كالثوب**) **يعني لو أمر حائكاً أنْ ينسج له ثياباً بغزل من عنده بدراهم لم يجز إذ لم يجز فيه التعامل، فيبقى على أصل القياس إلاَّ إذا شرط فيه الأجل وبين شرائط السلم فحينئذ**

. . . .

الصانع قبل تسليمه لا يستوفي من تركته (بيع) انتهاء قبل تسليمه حتى ثبت له خيار الرؤية (**لا عدة**) هو الصحيح خلافاً للحاكم ومفاده أنَّه لو فقد الأجل والتعاطي فليس ببيع والاستصناع صحيح عملاً بالقياس، ذكره القهستاني ثم فرع على كونه بيعاً بقوله: (**فيجبر الصانع على عمله**) وعنه أنَّه لا يجبر، وبه جزم في الفتاوى الصغرى (**ولا يرجع المستصنع عنه**) خلافاً للحاكم (**والمبيع هو العين**) في الأصح (**لا عمله**) خلافاً للبردعي (**فلو أتى**) الصانع (**بما صنعه غيره أو بما صنعه هو قبل العقد فأخذه صح**) لأنَّ المبيع العين لا عمله (**ولا يتعين**) المصنوع (**للمستصنع بلا اختياره فيصح بيع الصانع له قبل رؤيته و**) حينئذ (**له أخذه وتركه**) بخيار الرؤية ومفاده أنَّه لا خيار للصانع بعد رؤية المصنوع له وهو الأصح كما في النهر وغيره، (**ولا يصح**) أي الاستصناع وقول منلا خسرو: أي السلم منظور فيه فتنبه (**فيما لم يتعارف كالثوب**) إلاَّ بأجل معلوم على أنَّه سلم كما مر، فإنْ لم يصلح فسد أن ذكر الأجل على وجه الاستمهال وإنْ للاستعجال كعلى أنْ يفرغه غداً كان صحيحاً.

(**قلت**): واعلم أنَّه لا يجوز السلم في الدبس ونحوه مما ليس بمثلي كما حررته في شرح التنوير.

مسائل شتَّى

يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع علمت أولاً والذمي في البيع كالمسلم إلاَّ في

يجوز بطريق السلم، وفي البحر دفع مصحفاً إلى مذهب ليذهبه بذهب من عنده وأراه انموذجاً من الأعشار والأخماس، ورؤوس الآي وأوائل السور فأمره ربُّ المصحف أنْ يذهبه، كذلك بأجرة معلومة لا يصح، وفي الخانية رجل استصنع رجلاً في شيء ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع: لم تفعل ما أمرتك وقال الصانع: فعلت قالوا لا يمين فيه لأحدهما على الآخر ولو ادعى الصانع على رجل أنك استصنعت إليَّ في كذا كذا، وأنكر المدعي عليه لا يحلف.

مسائل

خبر مبتدأ محذوف أي هذه مسائل (شتى) جمع شتيت وعبر عنها في الهداية بمسائل منثورة وعبر في التنوير بالمتفرقات، والمعنى واحد وحاصلها أنَّ المسائل التي تشذت على الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها إذا استذكرت سميت بها متفرقات من أبوابها أو منثورة على أبوابها (**يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع علمت**) الكلب والفهد والسباع (**أولاً**) عندنا لحصول الإنتفاع بهم حراسة أو اصطياداً وعن أبي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور لأنَّه لا ينتفع به حراسة كالهوام المؤذية وذكر في المبسوط أنَّه لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم: وقال: هذا هو الصحيح من المذهب.

وهكذا يقول في الأسد إذا كان يقبل التعليم ويصاد به أنَّه يجوز بيعه وإنْ كان لا يقبل التعليم والإصطياد به لا يجوز، والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال، انتهى وأجيب بأنَّه ينتفع بجلده، لأنَّه يطهر بالدباغ ويكون المتلف ضامناً لأنَّ النبي عليه الصلاة والسلام قضيَّ في كلب بأربعين درهماً من غير تخصيصه بنوع، وقال الشافعي: لا يصح بيع الكلب مطلقاً، وهو قول أحمد وبعض أصحاب مالك.

وأما اقتناء الكلب للصيد أو لحفظ الزرع أو المواشي أو البيوت فجائز بالإجماع، كما في الشمني واختلف الرواية عن الإمام في القرد وكره عند أبي يوسف، وجاز عند محمد والفيل كالهرة في جواز بيعه، وفي البزازية وشراء السباع جائز، ولحمها لا وبيع الفيل جائز وفي التجنيس إنَّ المختار للفتوى جواز بيع لحم المذبوح من السباع، وكذا الكلب والحمار لأنَّه طاهر وينتفع به في طعام سنورة بخلاف الخنزير المذبوح لأنَّه نجس العين. وفي التخصيص إشعارٌ بعدم جواز هوام الأرض كالحية والعقرب ودواب البحر غير السمك، كالضفدع والسرطان لأنَّ جواز البيع يدور مع حل الإنتفاع وحرمة الإنتفاع بها وقال بعضهم: إنَّ بيع الحية يجوز إذا انتفع بها للأدوية ولا يخفى أنَّ هذه المسألة مستدركة بما مر في البيع الفاسد كما في

. . . .

مسائل شتى

جمع شتيت بمعنى المتفرق (**يصح بيع الكلب**) ولو جرواً أو عقوراً (**والفهد**) والفيل والقرد

الخمر فإنها في حقه كالخل والخنزير في حقه كالشاة ومن زوج مشريته قبل قبضها جاز فإن وطئت كان قابضاً لها وإلاَّ فلا ومن اشترى شيئاً فغاب غيبة معروفة لا يباع في دين بائعه وإن لم تكن معروفة يباع فيه إذا برهن أنَّه باعه منه إذا لم يكن قبضه وإن غاب أحد المشتريين فللحاضر

القهستاني لكن في البحر، وبيع غير السمك من دواب البحر إنْ كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز وإلاَّ فلا **(والذمي في البيع كالمسلم)** لأنَّه مكلف بمثل هذه الأحكام كالمسلم بمعنى أنَّ ما يحل لنا يحل لهم وأنَّ ما يحرم علينا يحرم عليهم في العقود لقوله عليه الصلاة والسلام: «فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين بعد أداء الجزية» **(إلاَّ في)** بيع **(الخمر فإنها)** أي الخمر **(في حقه)** أي في حق الذمي **(كالخل)** في حقنا **(و)** إلاَّ في **(الخنزير)** فإنَّه **(في حقه كالشاة)** في حقنا، وفي البحر لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير، أما على قول بعض مشائخنا: فإنَّه يباح الإنتفاع بهما شرعاً لهم فكان مالاً في حقهم، وعن البعض حرمتهما ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لأنَّ الكفار مخاطبون بالشرائع في الحرمات وهو الصحيح من مذهب أصحابنا، فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعهما لأنَّهم لا يعتقدون حرمتهما ويتمولون بهما، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون **(من زوج مشريته)** لآخر **(قبل قبضها جاز)** لثبوت الولاية عليه بالشراء لأنَّه سبب الملك فيجعل التصرف بالتزويج في البيع المنقول قبل القبض، كالإعتاق والتدبير في عدم الإنفساخ بخلاف التصرف، بمثل البيع قبل القبض إذ هو ينفسخ بهلاك المبيع قبل قبضه، **(فإن وطئت)** أي إن وطئها زوجها **(كان)** الوطء **(قابضاً لها)** لأنَّ وطء الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوباً إليه كأنَّه فعله بنفسه **(وإلاَّ)** أي وإنْ لم يطأها الزوج **(فلا)** يكون قابضاً إذ بمجرد التزويج لا يتحقق القبض والقياس إنْ يتحقق وهو رواية عن أبي يوسف لأنَّه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الإستحسان إنَّ في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا. وفي التنوير فلو انتقض البيع بطل النكاح في المختار **(ومن اشترى شيئاً)** منقولاً **(فغاب)**

. . . .

(وسائر السباع) بسائر أنواعها حتى الهرة، وكذا الطيور **(علمت)** أي الكلب وما بعده **(أولاً)** سوى الخنزير، **(قلت)**: وهذه المسألة مستدركة بما مر في البيع الفاسد.

وكذا قوله **(والذمي في البيع)** وسائر المعاملات **(كالسلم إلاَّ في الخمر فإنها في حقه كالخل والخنزير)** والميت التي لم تمت حتف أنفها **(في حقه كالشاة)** وقد أمرنا بتركهم وما يدينون، وفي تخصيص الخمر إشعار بجواز بيع سائر الأشربة المحرمة، وكذا تخصيص الكلب ونحوه يشعر بعدم جواز بيع هوام الأرض ودواب البحر غير السمك، لأنَّ جواز البيع يدور مع حل الإنتفاع وقد قدمناه **(ومن زوج مشريته قبل قبضها جاز فإنْ وطئت كان)** مشتريها بوطء زوجها لها **(قابضاً)** لحصوله بتسليطه فصار فعله فعله **(وإلاَّ فلا)** استحساناً لا قياساً لأنَّ النكاح تعييب حمكي **(قلت)**: ولو انتقض البيع قبل القبض بطل النكاح في المختار، وتمامه في شرحنا على التنوير، **(ومن اشترى شيئاً)** منقولاً إذ العقار لا

دفع كل الثمن، وقبض المبيع وحبسه إذا حضر الغائب حتى ينقد حصته وإن اشترى بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان وإن قال: بألف من الذهب والفضة فمن الذهب

المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن **(غيبة معروفة)** بأنْ علم مكانه فأقام بائعه بينة أنَّه باعه منه **(لا يباع)** ذلك الشيء **(في دين بائعه)** أي لم يبعه القاضي في دين البائع لأنَّه يتوصل إلى حقه بالذهاب إليه فلا حاجة إلى بيعه لأنَّ فيه إبطال حق المشتري في العين **(وإن لم تكن)** غيبة **(معروفة)** بأن لم يعلم مكانه وطلب بيعه بثمنه **(يباع فيه)** أي في الثمن **(إذا برهن أنَّه باعه منه)** أي من ا لغائب **(إذا لم يكن قبضه)** الغائب لأنَّ القاضي نصب لكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لأنَّ البائع يصل به إلى حقه ويبرؤ من ضمانه، والمشتري أيضاً يبرؤ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فإنَّه إذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب إقراره، فلا يحتاج إلى خصم حاضر.

وإنما يحتاج إذا كانت البينة للقضاء لأنَّ البينة هنا ليست للقضاء على الغائب وإنما هي لنفي التهمة، وانكشاف الحال، وهذا لأنَّ الشيء في يده، وقد أقرّ به للغائب على وجه يكون مشغولاً بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي أقرّ به، ولا يقدر البائع أنْ يصل إلى حقه كالراهن إذا مات مفلساً، والمشتري إذا مات مفلساً قبل القبض فإن فصل شيء من الثمن يمسك للغائب، وإنْ نقص يرجع البائع على المشتري إذا ظفر وقيدنا بالمنقول احترازاً على العقار، فإنَّ القاضي لا يبيعه كما في النهاية **(وإن غاب أحد المشتريين)** بأنْ اشتراه رجلان فغاب أحدهما، والمسألة بحالها **(فللحاضر دفع كل الثمن، وقبض المبيع وحبسه)** أي حبس المبيع عن شريكه **(إذا حضر الغائب حتى ينقد)** شريكه **(حصته)** لأنَّه مضطر إذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلاّ بأداء جميع الثمن لأنَّ البيع صفقة واحدة، وله حق الحبس ما بقيَّ منه شيء، والمضطر يرجع، وإذا كان له أنْ يرجع عليه كان له الحبس عند الطرفين إلى أنْ يستوفي حقه، ولو حبس لا يصير غاصباً وعند أبي يوسف كان مقطوعاً فيما أدى عن صاحبه لأنَّه قضى دين غيره بغير أمره، فلا يرجع عليه وليس له الحبس ويصير غاصباً به فهلك بالقيمة، قيل: هذا إذا كان الثمن

....

يبيعه إلاَّ القاضي **(فغاب)** المشتري قبل القبض ونقد الثمن **(غيبة معروفة)** فبرهن بائعه أنَّه باعه منه **(لا يباع)** ذلك الشيء **(في دين بائعه)** لإمكان ذهابه إليه **(وإن لم تكن)** الغيبة **(معروفة)** وجهل مكان **(يباع فيه إذا برهن أنَّه باعه منه إذا لم يكن قبضه)** إحياءً لحقه ونظراً للغائب وما فضل من الثمن يمسكه للغائب وإنْ نقص تبعه البائع إذا ظفر به، **(وإن)** اشترى اثنان شيئاً و **(غاب أحد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن)** ويجبر البائع على قبول الكل ودفع الكل للحاضر، **(و)** له **(قبض المبيع وحبسه)** من شريكه **(إذا حضر الغائب حتى ينقد حصته)** بخلاف أحد المستأجرين والفرق أنَّ للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكان مضطراً لتخليص ماله بخلاف المؤجر، اللهم إلاَّ إذا شرط تعجيل الأجرة، **(وإن اشترى بألف مثقال**

خمسمائة مثقال، ومن الفضة خمسمائة درهم وزن سبعة. ومن قبض زيفاً بدل جيد غير عالم به فأنفقه أو هلك فهو قضاء وقال أبو يوسف: يرد مثل الزيف ويقتضي الجيد وإن

حالاً أما إذا كان مؤجلاً فليس للحاضر دفعه وإنْ حل الأجل (وإنْ اشترى) شيئاً (**بألف مثقال ذهب وفضة فهما**) أي الذهب والفضة (**نصفان**) أي يجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة مثقال من الفضة لأنَّه أضاف المثقال إليهما على السواء ويشترط بيان الفضة من الجودة وغيرها، بخلاف ما لو قال: من الدراهم والدنانير فإنَّه لا يحتاج إلى بيان الصفة وينصرف إلى الجياد (**وإن قال: بألف من الذهب والفضة فمن الذهب خمسمائة مثقال، ومن الفضة خمسمائة درهم وزن سبعة**) أي كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل، لإضافة الألف المبهم إليهما فيصرف إلى الوزن المتعارف المعهود في كل واحد منهما، وفيه إشارة إلى أنَّه لو قال لفلان: على كل حنطة وشعير وسمسم فإنَّه يجب من كل جنس ثلث الكر.

وهكذا في المعاملات كلها كما في البحر وفي الفتح في الدراهم ينصرف إلى الوزن المعهود ويجب كون هذا إذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدرهم ما يوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن، كالشام والحجاز ليس كذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم.

وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن إلى وزن أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس إلاَّ أن يقيد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإنَّ ما دونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة (**ومن قبض زيفاً بدل جيد غير عالم به**) أي بالزيف (**فأنفقه أو هلك فهو قضاء**) وبريء ولا رجوع عليه بشيءٍ عند الطرفين لأنَّ إيجاب رد الزيف لأخذ الجيد إيجاب له عليه بالنسبة إلى شيءٍ واحدٍ ومثل هذا التكليف غير معهود في الشرع، ولأنَّ الزيف بعد الإنفاق والهلاك ينوب مناب حقه الجيد (**وقال أبو يوسف: يرد مثل الزيف ويقتضي الجيد**) لأنَّ حق

ذهب وفضة فهما) بالمثاقيل (**نصفان**) فيجب خمسمائة مثقال من كل منهما لعدم الولاية (**وإن قال**) المشتري: (**بألف من الذهب والفضة**) تنصفا (**فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة درهم**)، وكذا سائر المعاملات، (**قلت**): ومفاده أن العطف يقتضي التنصيف فليحفظ، (**وزن سبعة**) على ما مر في الزكاة لأنَّه أضاف العقد إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل منهما، وقيل: ينبغي أن يراد في زماننا خمسمائة درهم من المعروف في ذلك البلد الذي وقع العقد فيه لأنَّه المعهود المتفاهم من كلام الناس وزن السبعة لم يبق معهوداً ولا يفهم ذلك في عرفنا من إطلاق اللفظ، كذا في شرح الوقاية لابن الملك، وأقره الباقني. (**قلت**): وأفاد في الفتح أن اسم الدرهم ينصرف للمتعارف في بلد العقد وتمامه في شرحنا على التنوير وقدمناه في الزكاة، وسيأتي في الفرائض (**ومن قبض زيفاً بدل جيد**) كان له على آخر (**غير عالم به**) فلو علم، وأنفقه كان قضاء اتفاقاً (**فأنفقه أو هلك**) فلو قائماً رده اتفاقاً (**فهو قضاء**) لأنَّه من جنسه (**وقال أبو يوسف**: يرد مثل الزيف ويقتضى الجيد) أي يرجع بالجياد

فرخ طيراً وباض في أرض أو تكنس ظبي فهو لمن أخذه وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف أو دخل داراً ودرهم أو سكر نثر فوقع على ثوب فإنْ أعده صاحبه لذلك أو كفه بعد السقوط أو أغلق باب الدار بعد الدخول ملكه وليس للغير أخذه كما لو عسل النحل في أرضه أو نبت فيها شجر أو اجتمع تراب بجريان الماء وما لا يصح تعليقه بالشروط

صاحب الدين يراعي من حيث الوصف لكن لا يمكن رعايته بإيجاب الضمان في الوصف إذ لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فيلزم الرجوع إلى الرد بمثل زيفه، وذكر فخر الإسلام وغيره أنَّ قولهما قياس وقول أبي يوسف: هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول أبي يوسف وقيل قوله: الأنسب للفتوى وفي الإصلاح ولمحمد فيه قولان قوله الأول مع أبي حنيفة وقوله الأخير مع أبي يوسف قيد بالإتلاف لأنَّه لو كان قائماً يرده ويسترد الجيد عندهم وقيد بغير عالم به لأنَّه لو كان عالماً به عند القبض يسقط حقه بلا خلاف **(وإن فرخ طيراً أو باض في أرض)** متعلق بهما **(أو تكنيس ظبي)** فيها أي تستر ومعناه دخل في الكناس وهو موضع الظبي، وفي بعض النسخ أو تكثر أي وقع في أرض فتكثر رجله ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فهو يكون للكاسر لا للآخذ **(فهو)** أي المذكور من الفرخ والبيض والظبي **(لمن أخذه)** لأنَّه مباح سبقت يده إليه فكان أولىٰ به إلاَّ إذا هيأ أرضه لذلك فهو له أو كان صاحب الأرض قريباً من الصيد بحيث يقدر على أخذه لو مد يده فهو لصاحب الأرض كما في البحر وغيره فعلى هذا لو قيده كما قيدنا لكان أولى تدبر **(وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف)** لا للإصطياد يعني يكون هو للآخذ **(أو دخل)** الصيد **(داراً)** يكون أيضاً للآخذ **(ودرهم أو سكر نثر فوقع)** الدرهم أو السكر **(على ثوب)** أحد **(فإنْ أعده)** أي الثوب **(صاحبه)** أي صاحب الثوب **(لذلك)** أي لوقوع الدرهم أو السكر عليه **(أو كفه)** أي جمع الثوب إلى نفسه **(بعد السقوط)** عليه وإن لم يعد له **(أو أغلق باب الدار بعد الدخول ملكه)** أي صار له بهذا الفعل **(وليس للغير أخذه)** إذ بالأعداد والكف يظهر أنَّه طالب الأخذ فكان مستحقاً. وفي البحر نقلاً عن الذخيرة إنْ أغلق الباب على الصيد، ولم يعلم به لم يصر آخذه مالكاً له حتى لو خرج الصيد بعد ذلك فأخذه غيره ملكه **(كما لو عسل النحل في أرضه)** أي جعل عسله في أرض رجل **(أو نبت فيها شجر أو اجتمع تراب بجريان الماء)** فهو

. . . .

استحساناً كما لو كانت ستوقة أو نبهرجة، واختاره للفتوى ذكره ابن الكمال ونحوه في الحقائق معزياً للعيون. (قلت): وأقره في البحر والنهر والشرنبلالية فبه يفتي **(وإنْ فرخ طير أو باض في أرض)** لرجل **(أو تكنس ظبي)** أي دخل كناسة أي بيته. وفي نسخة تكثر أي انكسر رجله **(فهو لمن أخذه)** لسبق يده المباح إلاَّ إذا هيأ أرضه لذلك أو كان صاحب الأرض قريباً من الصيد بحيث لو مد يده أخذه فهو لصاحب الأرض **(وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف أو دخل داراً)** لرجل **(ودرهم أو سكر نثر فوقع على ثوب)** لم يعد له **(فإن أعده صاحبه لذلك أو كفه بعد السقوط أو أغلق باب الدار بعد الدخول ملكه)** بهذه الأفعال **(وليس للغير أخذه كما لو عسل النحل في أرضه أو نبت فيها شجر أو اجتمع تراب**

ويبطله الشرط الفاسد البيع والإجارة والقسمة والإجازة والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والإقرار والوقف

لصاحب الأرض على كل حالٍ وإن لم تكن أرضه معدة لذلك لأنَّه من إنزال الأرض حتى يملكه تبعاً، ولهذا يجب في العسل العشر إذا أخذ من أرض العشر، ثم أنَّه مهد هنا قاعدة كلية فقال: (وما) أي الذي (لا يصح تعليقه بالشروط ويبطله الشرط الفاسد) أربعة عشر شيئاً على ما ذكره المصنف تبعاً لصاحب الكنز الأول، (البيع) فإذا باع عبداً وشرط استخدامه شهراً مثلاً فالبيع فاسد، والأصل إنَّ ما كان مبادلة مال بمال فإنَّه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسدل لنهي عن بيع وشرط، وما كان مبادلة مال بغير مال، أو كان من التبرعات فإنه لا يبطل به لأنَّ الشروط الفاسدة من باب الربا، وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات، ويبطل الشرط فقط وأصل آخر إنَّ التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات، ويجوز فيما كان من باب الإسقاط المحض كالطلاق والعتاق.

وكذا ما كان من باب الإطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم، وكذا التحريضات كما في البحر (و) الثاني (الإجارة) بأنَّ آجر داره بشرط أنْ يقرضه المستأجر أو يهدي إليه أو آجره إياها إنْ قدم زيد فهيَّ فاسدة لأنَّها في معنى البيع (و) الثالث (القسمة) بأن كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين على أنْ يكون الدين لأحدهم والعين للباقين فهيَّ فاسدة لأنَّها في معنى البيع من حيث اشتمالها على الإقرار في المبادلة (و) الرابع (الإجارة) بأنْ باع فضولي عبده فقال: أجزته بشرط أن تقرضني أو تهدي إليَّ أو عقلها بشرط لأنَّها بيع معنى، كما ذكره العيني ولا خصوصية لإجازة البيع بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط، إذا انعقد موقوفاً لا يصح تعليق إجازته بالشرط حتى النكاح، (و) الخامس (الرجعة) بأن قال لمطلقة الرجعية: راجعتك على أن تقرضيني كذا أو إنْ قدم زيد لأنَّها استدامة الملك فيكون معتبرة بابتدائه كما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها كما ذكره العيني، قال في البحر: وهو سهر ظاهر، وخطأ صريح، وسيأتي إنْ النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وإن كان لا يصح تعليقه وفصل كل التفصيل فليراجع لكن يفرق بين النكاح والرجعة بأنَّه لا يشترط فيها رضىٰ الزوجة ولا شهود ولا مهر وبأنَّه يجوز عود الأمة على الحرة التي تزوجها بعدما طلق الأمة، بخلاف النكاح تدبر (و) السادس (الصلح عن مال) أي بمال، بأن قال: صالحتك على أن تسكنني في الدار سنةً مثلاً لأنه معاوضة مال بمال فيكون بيعاً (و) السابع (الإبراء عن الدين) بأنْ قال: أبرأتك عن ديني على أنْ تخدمني شهراً، أو قدم فلان لأنَّه تمليك من وجه حتى يرتد،

. . . .

بجريان الماء) وإن لم يعد لذلك لأنَّه من إنزالها فيتبعها وتمامه في شرحنا على التنوير، (و) اعلم أنَّ (ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد) أربعة عشر على ما في الكنز والدرر والتنوير والإجارة الوقاية (البيع وإجارة والقسمة والإجازة) بالزاي (والرجعة والصلح عن مال، والإبراء عن الدين وعزل

. . . .

وإن كان فيه معنى الإسقاط فيكون معتبراً بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط إلاَّ إذا علف بكائن كما قال المديون: دفعت إلى فلان فقال: إن كنت دفعت إليه فقد أبرأتك صح، لأنَّه تعليق بأمر كائن، وفي البحر وحاصله أنَّ التعليق بموت الدائن صحيح إلاَّ إذا كان المديون وارثاً وعلق في مرض موته فيكون مخصصاً لإطلاق الكتاب (و) الثامن (عزل الوكيل) بأنْ قال لوكيله: عزلتك على أنْ تهدي إلي شيئاً أو أنْ قدم فلان لأنَّه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط الفاسد، كما ذكره العيني وفي البحر، وتعليله يقتضي عدم صحة تعليقه.

وأما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا، وعندي إنَّ هذا خطأ أيضاً فإنْ عزل الوكيل ليس من قبيل ما يبطل بالشرط الفاسد وإنما هو من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط، لكن لا يبطل بالشرط الفاسد انتهى وفيه كلام، لأنَّه إذا لم يصح تعليقه بالشرط الفاسد فقد بطل بذلك الشرط الفاسد بمعنى، أنَّه إذا وجد ذلك الشرط لم يترتب وجوده عليه، كما قال بعض الفضلاء: وهو جواب بعينه عما يورد في الرجعة وغيرها، تدبر (و) التاسع (الإعتكاف) بأنْ قال: اعتكفت إنْ شفيَّ الله مرضي أو إنْ قدم زيد فلأنَّه ليس مما يخلف به كعزل الوكيل وفي المنح نقلاً عن البحر، وعندي إنْ ذكره من هذا القسم خطأ من وجهين من كونه يبطل بالشروط الفاسدة، ومن كونه لا يصح تعليقه.

أما الثاني فقال: في القنية قال لله على اعتكاف شهرٍ إنْ دخلتَ الدار، ثم دخل فعليه اعتكاف شهرٍ عند علمائنا، فإذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لكنَّه ذكر إيجاب الاعتكاف من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط، ويبطل بفاسده وذكر في البزازية من هذا القسم فقال: وتعليق وجوب الإعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزم وقد ناقض الكمال كلامه فإنه جعل إيجاب الاعتكاف مما لا يصح تعليقه، وعزاه إلى الخلاصة، ولم يقل في رواية مع أنَّه قدم في باب الإعتكاف إنَّ الاعتكاف الواجب هو المنذور تجيزاً أو تعليقاً، وهو صريح في صحة التعليق بالشرط، وتمام تحفيقه يطلب من البحر فليراجع لكنْ إنَّ ما لا يصح تعليقه، وما لا يصح هو مع الشرط الفاسد، هو الاعتكاف نفسه لا النذر به بل النذر به يصح تعليقه بالشرط، ويترتب لزومه على تحقق الشرط، فلا يفسده كالنذر بسائر العبادات، الذي يصح النذر بها بخلاف أو ضوء، وعبادة المريض كما عرف في محله، وقد ذكروا بعيد هذا إنَّ الوقف لا يصح تعليقه بالشرط، ويصح تعليق النذر به فافترقا تدبر (و) العاشر (المزارعة) بأنْ قال: زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا أو أنْ قدم فلان لأنَّها إجارة فلا يصح تعليقها بالشرط (و) الحادي عشر (المعاملة) وهيَّ المسافات بأنْ قال ساقيتك شجري أو كرمي على أن تقرضني كذا، أو إنْ قدم فلان لأنَّها إجارةً أيضاً، (و) الثاني عشر (الإقرار) بأن قال لفلان: علي كذا إنْ أقرضتني كذا، أو

. . . .

الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والإقرار والوقف و) كذا (التحكيم) وهو الرابع عشر (عند أبي

والتحكيم عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وما لا يبطله الشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والإيصاء والوصية والشركة

إنْ قدم فلان لأنَّه ليس مما يخلف به بخلاف ما إذ علق بموته أو بمجيء الوقت فإنَّه يجوز ويحمل على أنَّه فعل ذلك للإحتراز عن الجحود أو دعوى الأجل فيلزمه للحال، (و) الثالث عشر (**الوقف**) بأنْ قال: وقفت داري إنْ قدم فلان لأنَّه ليس مما يخلف به أيضاً، وفي البحر، وفي الجامع الفضولين، والوقف في رواية، فظاهره أنَّ في صحة تعليقه روايتين. وفي الفتح وشرطه أنْ يكون منجزاً غير معلق فلو قال إنْ قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين، فجاء ولده لا يصير وقفاً (و) الرابع عشر (**التحكم**) بأنْ يقول المحكمان: إذا أهل شهر أو قالا لعبدٍ أو كافرٍ إذا أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا (**عن أبي يوسف خلافاً لمحمد**) فإنَّه يجوز تعليقه عنده بشرط، وإضافته إلى زمان كالوكالة والقضاء وله إنَّ التحكم تولية صورة، وصلح معناً فباعتبار أنَّه صلح لا يصح تعليقه ولا إضافته، وباعتبار أنَّه تولية يصح، فلا يصح بالشك والاحتمال وفي الخانية الفتوى على قول أبي يوسف: ولم يتعرض فيه لقول الإمام، وقد قال بعض شارحي الكنز: فإنَّه لا يصح عنده وعليه الفتوى، ولم يتعرض لقول الإمامين (**وما**) أي الذي (**لا يبطله الشرط الفاسد**) وهو سبعة وعشرون شيئاً على ما ذكره المصنف الأول، (**القرض**) بأنْ قال: أقرضتك هذه المائة بشرط أنْ تخدمني شهراً مثلاً، فإنَّه لا يبطل بهذا الشرط. وذلك لأنَّ الشروط الفاسدة من باب الربا، وأنَّه مختص بالمبادلة المالية، والعقود كلها ليست بمعاوضة مالية، فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة، وفي البزازية وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم (و) الثاني (**الهبة**) بأنْ قال: وهبت لك هذه الجارية بشرط أنْ يكون حملها لي (و) الثالث (**الصدقة**) بأنْ قال: تصدقت عليك على أنْ تخدمني جمعة مثلاً (و) الرابع (**النكاح**) بأنْ قال: تزوجتك على أنْ لا يكون لك مهراً كما عرف في موضعه (و) الخامس (**الطلاق**) بأنْ قال: طلقتك على أنْ لا تتزوجي غيري (و) السادس: (**الخلع**) بأن قال خالعتك على أنْ يكون لي الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال، (و) السابع (**العتق**) بأن قال اعتقك على أني بالخيار، (و) الثامن (**الرهن**) بأن قال: رهنت عندك عبدي بشرط أنْ استخدمه (و) التاسع (**الإيصاء**) بأن قال: أوصيت إليك على شرط أنْ تتزوج ابنتي (و) العاشر (**الوصية**) بأن قال: أوصيت لك بثلث مالي إنْ أجاز فلانٌ فلأنَّ ذكره العيني. وقال في البحر، وفيه نظر لأنَّه

. . . .

يوسف) وعليه الفتوى (**خلافاً لمحمد**) وبقي الحجر وإبطال الأجل فإنَّه يبطل بالشرط الفاسد لأنَّه لا يصح تعليقه بالشرط يبطل بفساده (**وما**) يصح تعليقه به (**لا يبطله الشرط الفاسد**) لعدم المعاوضة المالية سبعة وعشرون على ما هنا وزدت ثمانية (**القرض والهبة والصدقة، والنكاح والطلاق، والخلع والعتق والرهن والإيصاء والوصية والشركة، والمضاربة والقضاء والإمارة والكفالة، والحوالة والوكالة،**

والمضاربة والقضاء والإمارة والكفالة والحوالة والوكالة والإقالة والكتابة وأذنَّ العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بعيب أو

مثال تعليقها بالشرط، والكلام الآن في أنَّها لا تبطل بالشرط الفاسد، انتهى لكن فيه كلام لأن الشرط الفاسد يصدق مع عدم صحة التعليق، ومع الصحة ومعناه أنَّه يفسد لو كان لا يجوز التعليق به، وهنا يجوز فلم يفسد تدبر (و) الحادي عشر **(الشركة)** بأنْ قال: شاركتك على أن تهديني كذا، (و) الثاني عشر **(المضاربة)** بأنْ قال: ضاربتك في ألف على النصف في الربح إنْ شاء فلان أو أن قدم زيد ذكره العيني وفي البحر، وهو مثال لتعليقها بالشرط، وهذا الذي وقع للعيني دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فإنَّه لو أتى بالأمثلة التي ذكروها في الأبواب لكان أنسب، انتهى، لكن فيه كلام قد قررناه في الوصية تدبر (و) الثالث عشر **(القضاء)** بأن قال الخليفة: وليتك قضاء مكة مثلاً على أن لا تعزل أبداً (و) الرابع عشر **(الإمارة)** بأن قال الخليفة: وليتك إمارة الشام مثلاً على أن لا تركب (و) الخامس عشر **(الكفالة)** بأنْ قال: كفلت غريمك إن أقرضتني.

كذا ذكره العيني وفي البحر، وهو مثال لتعليقها بالشرط انتهى والجواب قد مر تدبر، (و) السادس عشر **(الحوالة)** بأنْ قال: أحلتك على فلان بشرط أنْ لا ترجع عليه عند التوي (و) السابع عشر **(الوكالة)** بأن قال: وكلتك أنْ أبرأتني عمالك على ما ذكره العيني، وفي البحر وهو مثال تعليقها بالشرط انتهى، وقد مر الجواب تدبر (و) الثامن عشر **(الإقالة)**: بأن قال: أقلتك عن هذا البيع إنْ أقرضتني كذا ذكره العيني، وفي البحر نقلاً عن القنية لا يصح تعليق الإقالة بالشرط وتقدم أنهما لو تقايلا بأقل من الثمن الأول أو بجنس آخر لم تفسد، ووجب الثمن الأول وهو مثال أنَّها لا تبطل بالشرط. وأما ما ذكره العيني فمثال تعليقها انتهى وفيه كلام قد مر مراراً، (و) التاسع عشر **(الكتابة)** بأن قال المولى لعبده: كاتبك على ألف بشرط أنْ لا تخرج من البلد أو على أنْ تقابل فلاناً أو على أنْ لا تعمل في نوع من التجارة، فإنَّ الكتابة على هذا الشرط تصح، ويبطل الشرط، وذلك لأنَّ الشرط غير داخل في صلب العقد، وأما إذا كان داخلاً بأنْ كان في نفس البدل كالكتابة على خمر، ونحوها فإنَّها تفسد به على ما عرف في موضعه، (و) العشرون **(أذنَّ العبد في التجارة)** بأن قال المولى لعبده: أذنت لك في التجارة على أن تنجر إلى شهر أو سنة ونحوهما لأنَّه ليس بعقد بل هو إسقاط والإسقاطات لا تتوقف، (و) الحادي والعشرون **(دعوة الولد)** بأن يقول المولى: إنْ كان لهذه الأمة حمل فهو مني لأنَّ النسب مما يتكلف ويحتاط في ثبوته، (و) الثاني والعشرون **(الصلح عن دم العمد)** بأن صالح

. . . .

والإقالة والكتابة وإذن العبد في التجارة، ودعوة الولد والصلح عن دم العمد و) الصلح عن **(الجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بعيب أو)** تعليقه **(بخيار شرط و)** السابع والعشرون **(عزل القاضي)** فلو قال الخليفة للقاضي: عزلتك عن القضاء إن شاء فلان انعزل وبطل الشرط. **(قلت)**: وبقي الصلح عن

بخيار شرط وعزل القاضي.

ولي المقتول عمداً القاتل على شيء، بشرط أن يقرضه أو يهدي إليه شيئاً، فإنَّ الصلح صحيح، والشرط فاسد، ويسقط الدم لأنَّه من الإسقاطات، ولا يحتمل الشرط.

كذا الإبراء عنه ولم يذكره اكتفاء به، (و) الثالث العشرون (**الجراحة**) بأنْ صالح عنها بشرط إقراض شيء أو إهدائه، وقيد صاحب الدرر بالتي فيها القصاص، فإنَّ الصلح إذا كان عن الجراحة التي فيها الإرش كان من القسم الأول.

وكذا إذا كان عن القتل الخطأ يكون من القسم الأول (و) الرابع والعشرون (**عقد الذمة**) بأنْ قال الإمام لحربي يطلب عقد الذمة: ضربت عليك الجزية، إنْ شاء فلان مثلاً، فإنْ عقد الذمة صحيح والشرط باطل، كما في البحر وهو كما لا يخفى مثال لتعليق عقد الذمة بالشرط والعجب أنَّه اعترض العيني مراراً فغفل عنه، تأمل (و) الخامس والعشرون (**تعليق الرد بعيب**) بأنْ يقال: إنْ وجدت بالمبيع عيباً أرده عليك إنْ شاء فلان مثلاً (**أو بخيار شرط**) وهو السادس والعشرون، أي وتعليق الرد به بأنْ قال: من له خيار الشرط في البيع رددت البيع، أو قال: أسقطت خياري، إنْ شاء فلان فإنَّه يصح، ويبطل الشرط كما في البحر، وفيه كلام، لأنَّ تعليق الرد بالعيب باطل، وله الرد بالعيب. وفي خيار الشرط صح ما شرط ومثل في الخلاصة للأول بقوله: بأن يقال: إنْ لم أرد هذا الثوب المعيب اليوم عليك فقد رضيت بالعيب، وللثاني بقوله لو قال: أبطلت خياري إذا جاء غد انتهى، ومقتضاه أنّه إذا قال: ذلك بطل خياره إذا جاء غد فقول صاحب البحر: يبطل الشرط ليس بظاهر تدبر (و) السابع والعشرون (**عزل القاضي**) بأن قال الخليفة للقاضي: عزلتك عن القضاء إنْ شاء فلان فإنّه ينعزل ويبطل الشرط، كما في البحر، لكن يرد عليه بأنَّ هذا مثال للتعليق بالشرط كما مر آنفاً، والمصنف لم يذكر ما تصح إضافته إلى المستقبل وما لا تصح، واقتصر من القاعدة على ما ذكره، لكن قال في التنوير: والغرر وما تصح إضافته إلى المستقبل أربعة عشر، الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية بالمال، والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف، وما لا تصح إضافته إلى المستقبل عشرة: البيع وإجارته وفسخه، والقسمة والشركة والهبة، والنكاح والرجعة والصلح عن مال، والإبراء عن الدين فإنَّ هذه الأشياء تمليكات فلا يجوز إضافتها إلى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار.

. . . .

جناية الغصب والوديعة، والعارية والإبراء عن دم العمد والنسب وحجر المأذون، وأمان القن لما ذكرنا أنها ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة وبقي ما تصح إضافته إلى الزمان المستقبل، وما لا تصح، والأول أربعة عشر أو ستة عشر، والثاني عشر أو اثنا عشر سيذكرهما المصنف تبعاً للكنز والوقاية في آخر الإجارة وتمامه فيما علقناه على التنوير وسنحققه في الكفالة الفرق بين الشرط الفاسد، والشرط الغير الملائم، والمتعارف.

كتاب الصرف

هو بيع ثمن بثمن تجانساً أولاً وشرط فيه التقابض قبل التفرق وصح بيع الجنس بغيره مجازفة وبفضل لا بيعه بجنسه إلاَّ متساوياً وإن اختلفا جودة وصياغة

كتاب الصرف

وجه المناسبة بالبيع، وتأخيره ظاهر (هو) لغة النقل والزيادة وشرعاً هو **(بيع ثمن بثمن)** أي ما خلق للثمنية **(تجانساً)** كبيع الفضة بالفضة، والذهب بالذهب **(أولاً)** كبيع الذهب بالفضة أو بالعكس، ودخل تحت قولنا: ما خلق للثمنية بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد، فإنَّ المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمناً صريحاً، ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف لأنَّه خلق للثمنية **(وشرط فيه)** أي في الصرف أي شرط بقائه على لصحة لا شرط انعقاده، وهو الصحيح المختار كما في البحر، **(التقابض قبل التفرق)** بالأبدان حتى لو قاما، وذهبا معاً فرسخاً مثلاً في جهة واحدة، ثم تقابضا قبل الإفتراق صح.

. . . .

كتاب الصرف

(هو) لغة الزيادة ومنه سمي التطوع في العبادات صرفاً لأنَّه زيادة على الفرائض وشرعاً **(بيع ثمن بثمن)** أي ما خلق للثمنية ومنه المصوغ **(تجانساً أولاً)** وكذبه بفضة، وكثوب وذهب بذهب أو فضة فيجوز بيع أحد الجنسين مع غيره كما سيجيء. وفي التنوير وغيره: الأموال ثلاثة ثمن بكل حال صحبه الباء أولا وهو النقدان، ومبيع بكل حال كالعروض. ومبيع من وجه كالمثليات فإن اتصل بها الباء فثمن وإلاَّ فكمبيع زاد في الكافي وغيره ونوع ثمن بالإصطلاح كالفلوس فالرائجة كثمن، والكاسدة كسلعة.

(قلت): والأصل أن ما يلزم الذمة فثمن وما لا فمبيع وما ترددا احتمل **(وشرط فيه)** أي في بقائه صحيحاً هو الصحيح وقيل في صحته **(التقابض)** أي اشتراك المتعاقدين في قبض الثمنين بالبراجم لا بالتخلية **(قبل التفرق)** بالأبدان ولا عبرة ههنا للتفرق بالمكان حتى لو قاما فذهبا معاً فرسخا أو ناما أو

فإنْ بيع مجازفة ثم علم التساوي قبل التفرق جاز، ولا يجوز التصرف في بدل

وكذا لو طال قعودهما في مجلس الصرف أو ناما أو أغمي عليهما فيه، ثم تقابضا بخلاف خيار المخيرة إذ التخيير تمليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله، والمعتبر افتراق العاقدين حتى لو كان لكل من الرجلين على صاحبه دين فأرسل رسولاً فقال: بعتك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك عليَّ، وقال: قبلت فهو باطل لأنَّ حقوق العقد تتعلق بالمرسل لا بالرسول.

وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار، أو ناداه من بعيد لم يجز لأنَّهما متفرقان بأبدانهما كما في البحر، **(وصح بيع الجنس بغيره)** يعني الذهب بالفضة، أو بالعكس **(مجازفة وبفضل)** أنْ تقابضا في المجلس، لأنَّ المستحق هو القبض قبل الإفتراق دون التسوية، فلا يضره الجزاف ولو افترقا قبل القبض بطل لفوات الشرط، والمراد بالقبض القبض بالبراجم لا بالتخلية **(لا بيعه)** أي بيع الجنس **(بجنسه)** لا مجازفة، ولا بفضل **(إلاَّ متساوياً)** لما مر في الربا لقوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة مثلاً بمثل يداً بيد»[1]، والفضل ربا وفي المجازفة احتمال الربا فلا يجوز **(وإن)** وصلية **(اختلفا جودة وصياغة)** لأنَّ المماثلة في الأوصاف ليست بشرط لقوله عليه الصلاة والسلام: «جيدها ورديها سواء»، ولا فرق في ذلك بين أنْ يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر، أو لا يتعينان كالمضروب، أو يتعين أحدهما دون الآخر، وفي البحر إذا باع درهماً كبيراً بدرهم صغير أو درهماً جيداً بدرهم رديء يجوز، لأنَّ لهما فيه غرضاً صحيحاً، ثم فرعه بقوله: **(فإنْ بيع)** الجنس بالجنس **(مجازفة ثم علم التساوي قبل التفرق جاز)** وإلاَّ فلا، والقياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسداً، فلا ينقلب جائزاً

. . . .

أغمي عليهما أو طال قعودهما فتقابضا صح في الأصح، وقيل هو كالتخيير. **(قلت)**: وهذا فيما يمكن اعتباره، وإلاَّ اعتبر المجلس كبيع الأب من طفله كما في الشرنبلالية وغيرها، وأشار بهذا الشرط إلى شرطين عدم التأجيل والخيار، وأما التماثل فقد علم مما مر في الربا وأشار إليه هنا بقوله **(وصح بيع الجنس بغيره مجازفة وبفضل)** لاشتراط القابض دون التساوي حينئذ **(لا بيعه بجنسه إلاَّ متساوياً وإن)** وصلية **(اختلفا جودة وصياغة)** إذ لا عبرة لهما لما مر في الربا **(فإن بيع)** ذهب بذهب **(قلت)**: وقول الباقاني: بفضة ثم تعليله بعده باختلاف الجنس سهو ظاهر فتأمل، **(مجازفة)** أو بفضل **(ثم علم التساوي قبل التفرق جاز)** لما مر.

وأما عند اختلاف الجنس فلا يشترط التساوي، بل التقابض لحرمة النسأ على ما تقرر فتدبر وسيجيء **(ولا يجوز التصرف في بدل الصرف قبل قبضه)** لفقد القبض **(فلو باع ذهباً بفضة واشترى بها**

---

(١) أخرجه مسلم (مساقاة، ٨١، ٨٢، ٨٤)، والترمذي (بيوع، ٢٣)، والنسائي (بيوع، ٤٤، ٤٦)، والدارمي (بيوع، ٤١)، وأحمد بن حنبل (٢، ٤٢٧، ٣، ١٠، ٤٩، ٥٠، ٦٦، ٩٣، ٩٦، ٢٦٢، ٢٧١، ٢٩٨، ٣١٩، ٣٢٠)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١٥٢/٥.

الصرف قبل قبضه فلو باع ذهباً بفضة، واشترى بها ثوباً قبل قبضها فسد بيع الثوب، ولو اشترى أمة تساوي ألفاً مع طوق قيمته ألف بألفين ونقد ألفاً فهو ثم الطوق ولو اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالنقد ثمن الطوق وإن اشترى سيفاً حليته خمسون بمائة

لكنهم استحسنوا جوازه لأنَّ ساعات المجلس كساعة واحدة، وقال زفر: إذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس أو بعده وإنما قلنا: بيع الجنس بالجنس لأنَّ وضع المسألة فيه قال في البحر، وغيره: لو باع الجنس بالجنس مجازفةً فإنْ علما تساويهما قبل الإفتراق صح وبعده لا على أنَّ مسألة اختلاف الجنس قد تقدمت آنفاً فلا حاجة إلى التكرار، فعلى هذا ظهر فساد ما قيل في تفسير قوله: فإنْ بيع أي الذهب بالفضة مجازفة ثم علم التساوي قبل التفرق جاز لاختلاف الجنس تدبر، (**ولا يجوز التصرف في بدل الصرف قبل قبضه**)، إذْ كل واحد منهما ثمن من وجه، وهذا القدر يكفي في سلب الجواز لأنَّ الشبهات ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات، ثم فرعه بقوله: (**فلو باع ذهباً بفضة، واشترى بها**) أي بالفضة (**ثوباً قبل قبضها فسد بيع الثوب**)، لفوات القبض الواجب في بدلي الصرف، ولأنَّ الثمن في الصرف مبيع من وجه لعدم الأولوية، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز، قيل: لا نسلم عدم الأولوية فإنَّ ما دخله الباء أولى بالثمنية، وأجيب بأنَّ ذلك في الأثمان الجعلية لا في الأثمان الخلقية، والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر، (**ولو اشترى أمة تساوي ألفاً مع طوق**) من فضة (**قيمته ألف بألفين**) متعلق باشترى، (**ونقد**) المشتري من الثمن (**ألفاً فهو ثمن الطوق**) لأنَّ قبض ثمن الصرف واجب حقاً للشرع وقبض ثمن الأمة ليس بواجب، فالظاهر هو الإتيان بالواجب، (**ولو اشتراها**) أي الأمة التي معها طوق (**بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالنقد ثمن الطوق**)، لأنَّ التأجيل في الصرف باطل، وفي المبيع جائز فيصرف الأجل إلى الأمة دون الطوق إذ المباشرة على وجه الصحة لا على وجه البطلان، ولو اشتراها بألفين نسيئة فسد في الكل قيد بتأجيل البعض لأنَّه لو أجل الكل فسد البيع في الكل عند الإمام، وقالا: يفسد في الطوق دون الأمة كما في البحر، (**وإن اشترى سيفاً حليته خمسون**) أي تساوي خمسين درهماً (**بمائة**) متعلق باشترى (**ونقد خمسين فهيَّ حصة الحلية وإنْ**) وصلية (**لم يبين**) المشتري حصة الحلية لأنَّ حصة الحلية يجب قبضها في المجلس، والظاهر من حال المسلم أنْ لا يترك الواجب، فيحمل عليه، وإنْ

. . . .

ثوباً) مثلاً قبل قبضها فسد بيع الثوب وبقي الصرف بحاله (**ولو اشترى أمة تساوي ألفاً مع طوق قيمته ألف بألفين ونقد ألفاً فهو ثمن الطوق**) تحرياً للجواز وإنما بين قيمتهما ليفيد انقسام الثمن على الثمن أو أنه غير جنس الطوق، وإلاَّ فالعبرة لوزن الطوق لا لقيمته، فقدره مقابل به والباقي بالجارية، وينبني عليه قوله: (**ولو اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالنقد ثمن الطوق**) لما قلنا، (**وإن اشترى سيفاً حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهي حصة الحلية**) إن خلصت بلا ضرر (**وإن لم يبين أو قال: هي من ثمنهما**) لورود التثنية للواحد نحو نسيا حوتهما، يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما.

ونقد خمسين فهيَّ حصة الحلية وإنْ لم يبيّن أو قال هي من ثمنهما وإن تفرقا بلا قبض

لم يبينه ولم ينوه (أو قال هيَّ من ثمنها) لأنَّ معنى قول المشتري: خذ هذا من ثمنهما خذ بعضاً من ثمن مجموعهما، وثمن الحلية بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلباً للجواز، وقيل معناه خذ هذا على أنَّه ثمن كل منهما وليس الحال كذلك فيكون من قبيل ذكر الإثنين وإرادة الواحد كما قال الله تعالى: ﴿نسيا حوتهما﴾ [الكهف: ٦١]، وقال الله تعالى: ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾، والمراد أحدهما بخلاف ما إذا لم يذكر المفعول به للإمكان، وهنا صورتان، إحداهما أنْ يبين، ويقول: خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف، والثانية أنْ يجعل الكل من ثمن السيف، وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية لأنَّهما شيء واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده.

هكذا ذكره الزيلعي، وفي البحر وفي المعراج معزياً إلى المبسوط لو قال: خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر: نعم أو قال: لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأنَّ الترجح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الإضافة، ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع بثمن السيف خاصة، والقول في ذلك قوله لأنَّه هو المملك فالقول له في بيان جهته، وف السراج لو قال: هذا الذي عجلته حصة السيف كان عن الحلية، وجاز البيع لأنَّ السيف اسم للحلية أيضاً لأنَّها تدخل في بيعه تبعاً ولو قال: هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع لأنَّه صرح بذلك، وأزال الإحتمال فلم يمكن حمله على الصحة، انتهى. ويمكن التوفيق بأنْ يحمل ما ذكره الزيلعي على ما إذا قال: من ثمن السيف، ولم يقل خاصة فيوافق ما في السراج.

وأما ما في المبسوط فإنما قال: خاصة وحينئذ كأنَّه قال: خذ هذا عن النصل فليتأمل انتهى قيد بقوله: بمائة لأنَّه لو باعه بخمسين أو أقل منهما لم يجز للربا، وإنْ باعه بفضة لم يدر وزنها لم يجز أيضاً لشبهة الربا خلافاً لزفر: ففي ثلاثة أوجه لا يجوز البيع، وفي واحد يجوز، وهو ما إذا علم أنَّ الثمن أزيد مما في الحلية ليكون ما كان قدرها مقابلاً لها، والباقي في ماقبلة النصل خلافاً للأئمة الثلاثة، هذا إذا كان الثمن من جنس الحلية فإنْ كان من خلافها جاز كيف ما كان لجواز التفاضل، ولا خصوصية للحلية مع السيف بل المراد إذا جمع مع الصرف غيره فإنَّ النقد لا يخرج عن كونه صرفاً بانضمام غيره إليه، وعلى هذا بيع المزركش، والمطرز بالذهب أو الفضة، وفي المبسوط وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه وبه نأخذ لاحتمال

. . . .

وكذا لو قال: هذا المعجل حصة السيف لأنَّه اسم للحلية أيضاً لدخولهما في بيعه تبعاً، ولو زاد خاصة فسد البيع لإزالته للاحتمال (وإنْ تفرقا بلا قبض صح في السيف دونها أنْ تخلص بلا ضرر) كطوق الجارية (وإلاَّ) أي وإنْ لم يخلص إلاَّ بضرر (بطل فيهما) أصلاً. (قلت): والأصل أنه متى بيع نقد مع

صح في السيف دونها وإنْ تخلص بلا ضرر وإلاّ بطل فيهما وإن باع إناء فضة وقبض بعض ثنمه، وافترقا صح فيما قبض فقط والإناء مشترك بينهما وإن استحق بعضه أخذ المشتري ما بقي بحصته أورده ولو استحق بعض قطعة نقرة اشتراها أخذ الباقي بحصته

الزيادة والأولى بيعه بخلاف جنسه انتهى. **(وإن تفرقا)** أي المتعاقدان **(بلا قبض)** شيء **(صح** البيع **(في السيف دونها)** أي دون الحلية **(وإنْ تخلص)** السيف عن الحلية **(بلا ضرر)** لأنَّه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والأمة **(وإلاّ)** أي وإنْ لم يتخلص بلا ضرر **(بطل)** البيع **(فيهما)** أي في السيف والحلية لأنَّ حصة الصرف يجب قبضها قبل الإفتراق، فإذا لم يقبضها حتى افترقا فسد فيه لفقد شرطه، وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلاّ بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع في السقف، وفي البحر تفصيل فليراجع، **(وإنْ باع إناء فضة)** بفضة أو ذهب **(وقبض بعض ثمنه، وافترقا)** قبل قبض الباقي **(صح)** العقد **(فيما قبض فقط)** لوجود شرطه، وهو القبض قبل الإفتراق وبطل فيما لم يقبض لعدم وجود الشرط، **(والإناء مشترك بينهما)** لأنَّ عقد الصرف وقع على كله أولاً ثم طرأ الفساد على ما لم يقبض، وهو لا يشيع على ما وجد فيه القبض فحصلت الشركة في الكل بالتراضي ولم يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لأنَّ صفقة الصرف تمت بالتقابض ولو في البعض ولا خيار للمشتري بخلاف هلاك أحد العبدين قبل القبض كما في البحر، **(وإن استحق بعضه)** أي بعض الإناء **(أخذ المشتري ما بقيَّ بحصته أو رده)** لأنَّ الشركة عيب في الإناء لأنَّ التشقيص يضره، وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف ما مر لأنَّ الشركة وقعت بصنعه، وهو الإفتراق قبل نقد كل الثمن فإنْ أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد، وكان الثمن له يأخذه البائع من المشتري ويسلمه إليه إذا لم يفترقا بعد الإجازة، ويصير العاقد وكيلاً للمجيز فتتعلق حقوق العقد به دون المجيز، وأطلق في الخيار فشمل ما قبل القبض، وبعده كما في البحر **(ولو استحق بعض قطعة نقرة)** وهيَّ القطعة المذابة

. . . .

غيره كمفضض ومزركش ينقد من جنسه شرط زيادة مثله أو أقل أو جهل بطل الثمن فلو ولو بغير جنسه شرط التقابض فقط، وأفاد أنَّه لا عبرة للتمويه لعدم الوزن كعدم الكيل في حفنة نم الحنطة، وقوله: بطل مذكور في الهداية وغيرها، لكن في قاضيخان ويفسد الصرف بالافتراق قبل قبض أحد البدلين، ولا يبطل ويتعين المقبوض للرد على الأظهر ذكره القهستاني ونحوه في الشرنبلالية عن البرهان فليحفظ **(وإن باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه، وافترقا صح فيما قبض فقط والإناء مشترك بينهما)** لأنَّه صرف فيصح فيما وقع التقابض فيه فقط، ولا خيار للمشتري لتعينه بفعله وفيه إشعار بأنَّ التقابض شرط البقاء كما مر **(وإن استحق بعضه أخذ المشتري ما بقي بحصته أو رده)** لتعينه لا بفعله فيتخير، **(قلت)**: ومفاده تخصيص استحقاقه بالبينة لا بالإقرار فليحرر وإن أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد، ويصير العاقد وكيلاً للمجيز فتعلق به الأحكام كما في التنوير **(ولو استحق بعضه قطعة نقرة)** أي غير مصوغة **(اشتراها أخذ الباقي بحصه بلا خيار)** ولو بعد قبضها وإنْ قبله خير لتفرق الصفقة، وكذا الدينار

بلا خيار وصح بيع درهمين، ودينار بدينارين ودرهم وبيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير وبيع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة وبيع دينار بعشرة هيَّ عليه أو بعشرة مطلقة أنْ دفع الدينار ويتقاصان العشرة بالعشرة وما غالبه الفضة أو الذهب فضة وذهب فلا يجوز بيع

من الذهب أو الفضة (اشتراها أخذ) المشتري (الباقي بحصته بلا خيار) لأنَّ الشركة ليست بعيب في النقرة إذ لا يلزم الانتقاص بالتبعيض فلم يتضرر المشتري بالشركة فيها، هذا لو كان الإستحقاق بعد قبضها، أما لو كان قبل قبضها فله الخيار لفترق الصفقة عليه قبل التمام كما في البحر، والدرهم والدينار نظير النقرة لأنَّ الشركة في ذلك لا تعد عيباً (وصح بيع درهمين، ودينار بدينارين ودرهم) استحساناً عندنا بصرف الجنس إلى خلافه فيقابل الدرهمان بالدينارين، والدينار بالدرهم وقال زفر: والأئمة الثلاثة: لا يجوز هذا العقد أصلاً، (و) صح أيضاً (بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير)، بأن يجعل كرا بر بكر شعير، وكرا شعير بكر بر ولو صرفا إلى جنسه فسد، وفي البحر تفصيل فليطالع (و) صح (بيع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار)، بأنْ يجعل العشرة بمثلها، والدينار بدرهم تصحيحاً للعقد، وإنما ذكر هذه بعد التي قبلها، وإنْ كانت قد علمت مما قبلها لبيان أنَّه لا يشترط أنْ يكون الجنسان من الطرفين، بل إن كانا في طرف واحد فكذلك (و) صح (بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) للتساوي في الوزن، وسقوط اعتبار الجودة وفيه خلاف زفر والأئمة الثلاثة أيضاً، وفي الإصلاح قد ذكر صاحب الوقاية هنا مسائل من مسائل الربا ورددناها إلى بابها، وانتهى ويمكن الجواب بأن يقال: قد شرط التماثل في الصرف فراراً عن الفضل المؤدي إلى الربا فذكر مسألة بيع درهمين وديناراً وبيع كر بر وبيع درهم صحيح في الصرف لأنَّ مبناه على الجواز، لا في باب الربا لكون مبناه على عدم الجواز، (و) صح بالإجماع (بيع دينار بعشرة هيَّ) أي العشرة (عليه) وتقع المقاصة بنفس العقد لأنَّ الدين لم يجب بعقد بل كان ثابتاً قبله وسقط بإضافة العقد إليه، ولا ربا في دين سقط (أبو بعشرة مطلقة) أي صح استحساناً عندنا أنْ باع الدينار ممن عليه عشرة دراهم، ولكن لم يضف العقد إلى ما في ذمته بل إلى عشرة مطلقة غير مقيدة بكونها عليه (أنْ دفع الدينار وينقصان العشرة بالعشرة) والقياس عدم الجواز

. . . .

والدرهم (وصح بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم) بصرف الجنس لخلاف جنسه (و) مثله (بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير وبيع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم وديناراً وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة) بفتح فتشديد ما يقبله التجار دون بيت المال (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) للمساواة وزناً وعدم اعتبار الجودة (و) صح أيضاً (بيع دينار بعشرة هي عليه أو بعشرة مطلقة) أي غير مقيدة بكونها عليه (إنْ) كان (دفع الدينار ويتقاصان العشرة بالعشرة) وتقع المقاصة بنفس العقد إذْ لا ربا في دين سقط ويكون القصاص فسخاً لبيع الدينار بالعشرة المطلقة وبيعا للدنانير بعشرة، ولو لم يحمل عليه لكان استبدالاً لا

الخالص به ولا بيع بعضه ببعض إلا متساوياً وزناً ولا استقراضه إلا وزناً وما غلب عليه الغش منهما فهو في حكم العروض فبيعه بالخالص على وجوه حلية السيف ويصح بيعه

وهو قول زفر والأئمة الثلاثة: لكونه استبدالاً وجه الاستحسانا أنهما لما تقاصا انفسخ الأول وانعقد صرف آخر مضافاً فتثبت الإضافة اقتضاء كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول، قيل هذا إذا كان الدين سابقاً، أما إذا كان لاحقاً فكذلك يجوز في أصح الروايتين وذلك بأن باع ديناراً بعشرة دراهم ثم باع مشتري الدينار ثوباً منه بعشرة وتقاصا.

ثم الظاهر أنْ قوله: ويتقاصان معطوف على قوله: إن دفع فيقتضي سقوط نون التثنية إلاّ أنْ يقال: أنّه استيناف لكنه بعيد ولو قال: وتقاصا بصيغة المضي كما وقع في سائر الكتب لكان أسلم تدبر **(وما غالبه الفضة أو الذهب فضة وذهب)** لف ونشر مرتب حكماً إذ الحكم في الشرع للغالب، لأنَّ الغش القليل لا يخرج الدراهم عن الدرهمية، والدينار عن الدينارية لأنَّ النقود المستعملة بين الناس لا يخلو منه ثم فرع بقوله: **(فلا يجوز بيع الخالص به)** أي بغالب الفضة أو بغالب الذهب **(ولا بيع بعضه ببعض إلا متساوياً وزناً)** استثناء من مجموع ما في حيز قوله: فلا يجوز **(ولا)** يجوز **(استقراضه إلاّ وزناً)** كما في الجياد **(وما غلب عليه الغش منهما)** أي من الذهب والفضة بحيث لا يتميز عن الغش إلاّ بضرر **(فهو في حكم العروض)** لا في حكم الدراهم والدنانير إذ الحكم للغالب في الشرع، ثم فرعه بقوله **(فبيعه)** أي ما غلب عليه الغش **(بالخالص على وجوه حلية السيف)** لأنَّه إذا كانت زيادة الخالصة معلومة يجوز البيع لو تقابضا قبل الإفتراق، وتكون الفضة بالفضة والزيادة في مقابلة الغش هو النحاس وغيره على مثال بيع الزيتون بالزيت، أما إذا كانت الخالصة مثل ما في المغشوش أو أقل لم يعلم أيهما أقل، فلا يجوز كما هو حكم حلية السيف على ما بيناه في موضعه **(ويصح بيعه)** أي بيع الذي غلب غشه **(بجنسه متفاضلاً)** صرفاً للجنس إلى خلافه **(بشرط التقابض في المجلس)** في الصورتين لوجود الفضة من الجانبين، ومتى شرط القبض في الفضة اعتبر في النحاس لعدم التميز عنه إلاّ بضرر هذا إذا عرف أنَّ الفضة تجتمع عند إذابة المغشوشة، ولا تحترق، أما إذا عرف أنَّها تحترق وتهلك كان حكمها حكم النحاس الخالص، ولا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً **(و)** يصح **(التبايع والإستقراض بما يروج منه)** أي من الذي غلب غشه من الذهب والفضة **(وزناً)** إن كان يروج وزناً **(أو عدداً)** إنْ كان يروج عدداً **(أو بهما)** أي بكل منهما إنْ كان يروج بهما لأنَّ المعتبر فيما لا نص فيه العادة **(ولا يتعين بالتعيين)** ما دام يروج **(لكونه ثمناً)** بالإصطلاح فإنْ هلك قبل

. . . .

بد فتأمل **(وما غالبه الفضة أو الذهب فضة وذهب)** حكما وحينئذ **(فلا يجوز بيع الخالص به ولا بيع بعضه ببعض إلا متساوياً وزناً ولا استقراضه إلا وزناً)** كما مر في بابه **(وما غلب عليه الغش منهما فهو في حكم العروض)** وحينئذ **(فبيعه بالخالص)** يكون **(على وجوه حلية السيف)** السابقة **(و)** غالب الغش **(يصح بيعه بجنسه متفاضلاً بشرط التقابض في المجلس)** ومن شرط القبض في الفضة اعتبر في النحاس لعدم

بجنسه متفاضلاً بشرط التقابض في المجلس والتبايع والإستقراض بما يروج منه وزناً أو عدداً أو بهما ولا يتعين بالتعيين لكونه ثمناً ولو اشترى به فكسد بطل البيع وقالا لا يبطل وتجب قيمته يوم البيع عند أبي يوسف وآخر ما تعومل به عند محمد وما لا يروج منه يتعين بالتعيين والمتساوي الغش كمغلوبه في التبايع والإستقراض وكذا في الصرف وقيل

التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله، **(ولو اشترى به)** أي بالذي غلب غشه، وهو نافق **(فكسد)** قبل العقد **(بطل البيع)** عند الإمام لأنَّ الثمنية ثبتت لها بعارض الإصطلاح، فإذا كسدت رجعت إلى أصلها ولم تبق ثمناً فيبطل البيع لبقائه بلا ثمن، ويجب على المشتري رد المبيع إنْ كان قائماً ومثله أو قيمته إنْ كان هالكاً، **(وقالا لا يبطل)** البيع لأنَّ الثمن تعلق بالذمة، والكساد عرض على الأعيان دون الذمة، ولما لم يتمكن من تسليم الثمن لكساده تجب قيمته، وعن هذا قال **(وتجب قيمته)** أي قيمة الذي غلب غشه **(يوم البيع عند أبي يوسف)** لأنَّه مضمون بالبيع فتعتبر قيمته في ذلك الوقت، كالمغضوب. وفي الذخيرة الفتوى على قول أبي يوسف **(و)** قيمته **(آخر ما تعومل به عند محمد)** أي قيمته يوم ترك الناس المعاملة لأنَّ التحول من رد المسمى إلى قيمته إنما صار بالإنقطاع فيعتبر يومه، وحد الكساد أن تترك المعاملة بها في جميع البلاد، وإنْ كانت يروج في بعض البلاد، لا يبطل لكنه يتعيب فيتخير البائع، وحد الإنقطاع أنْ لا يوجد في السوق، وإنْ وجد في يد الصيارفة أو في البيوت كما في البحر، ولم يذكر فيما نقصت قيمتها قبل القبض أو غلب، وفي التنوير ولو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالإجماع ولا يتخير البائع، وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت.

فكذلك البيع على حاله، ولا يتخير المشتري ويطالب بنقد ذلك العيار الذي كان وقت البيع **(وما لا يروج منه)** أي من الذي غلب غشه كالرصاصة والستوقة **(يتعين بالتعيين)** لزوال المقتضى للثمنية، وهو الإصطلاح وينبغي للمصنف أنْ يذكر عقيب قوله: ولا يتعين بالتعيين لكونه ثمناً كما وقع في سائر الكتب تتبع **(والمتساوي الغش كمغلوبه في التبايع والاستقراض)** فلا يجوز البيع به ولا إقراضه إلاَّ بالوزن بمنزلة الدراهم الردية، ولا ينتقض العقد لأنَّ الخالص

تمييزه وإذا غلب نحاسه لم يبع بالنحاس إلاَّ مثلاً بمثل يداً بيد، **(و)** يصح **(التبايع والاستقراض بما يروج منه)** عملاً بالعرف فيما لا نص فيه فإنْ راج **(وزناً)** فيه **(أو عدداً)** فيه **(أو بهما)** فبكل منهما **(ولا يتعين بالتعيين)** حيث راج **(لكونه ثمناً)** حينئذ **(ولو اشترى به)** وهو نافق **(فكسد بطل البيع)** عنده **(وقالا لا يبطل وتجب قيمته يوم البيع عند أبي يوسف وآخر ما تعومل به عند محمد)** وبقول أبي يوسف يفتي.

وكذا حكم الفلوس والدراهم لو كسدت أو انقطعت **(و)** أما **(ما لا يروج منه)** فإنَّه **(يتعين بالتعيين)** كالسلعة **(و)** أما **(المتساوي الغش)** والفضة والذهب فإنَّه **(كمغلوبه في التبايع والاستقراض)** فلم يجز إلاَّ بالوزن إلاَّ إذا أشار إليهما كما في الخلاصة **(وكذا)** الحكم **(في الصرف وقيل كغالبه)** وبالقيل جزم في تنوير الأبصار، فيصح بالاعتبار المار زاد في التنوير وحد الكساد أنْ تترك المعاملة بها

كغالبه ويجوز البيع بالفلوس النافقة وإنْ لم تتعين فإن كسدت فالخلاف كما في كساد المغشوش ولو استقرضها فكسدت يرد مثلها وعند أبي يوسف قيمتها يوم القرض وعند محمد يوم الكساد ولا يجوز البيع بغير النافقة ما لم تعين ومن اشترى بنصف درهم فلوس أو دانق فلوس أو قيراط فلوس جاز البيع وعليه ما يباع بنصف درهم أو دانق أو

فيه موجود حقيقة، ولم يصر مغلوباً فيجب الاعتبار بالوزن شرعاً، وإذا أشير إليه في المبايعة كان بياناً لقدره ووصفه ولا يبطل البيع بهلاكه قبل القبض ويعطيه مثله لكونه ثمناً لم يتعين كما في البحر، (**وكذا في الصرف**) يعني المتساوي الغش كمغلوبه في الصرف أيضاً حتى لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً (**وقيل كغالبه**) أي كغالب الغش حتى يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً، ولو باعه بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون الخالص أكثر مما فيه الفضة لأنَّه لا غلبة لأحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما (**ويجوز البيع بالفلوس النافقة وإنْ**) وصلية (**لم تتعين**) لأنَّها أحوال معلومة، وصارت أثماناً بالإصطلاح فجاز بها البيع فوجبت في الذمة كالنقدين، ولا تتعين وإنْ عينها كالنقد إلاَّ إذا قال: أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما إذا باع فلساً بفلسين بأعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لأنَّه لو لم يتعين لفسد البيع، وهذا على قولهما.

وأما على قول محمد: لا يتعين وإنْ صرحاه وأصله إنَّ اصطلاح العامة لا تبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما كما في البحر (**فإن كسدت**) أي اشترى بها شيئاً فكسدت قبل التسليم (**فالخلاف كما في كساد المغشوش**) يعني يبطل البيع عند الإمام خلافاً لهما، هكذا ذكر القدوري الخلاف، والذي في الأصل، وشرح الطحاوي والأسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر كما في أكثر شروح الهداية، لكن في الفتح جواب فحاصله لا فرق بين كساد المغشوشة، وكساد الفلوس إذ كل منهما سلعة بحسب الأصل ثمن بالإصطلاح فإنَّ غالبة الغش الحكم فيها للغالب، وهو النحاس مثلاً، فلو لم ينص على الخلاف في الفلوس، وجب الحكم به (**ولو استقرضها**) أي الفلوس (**فكسدت يرد مثلها**) أي إذا كانت هالكة عند الإمام وإذا كانت قائمة فيرد عينها بالإجماع لأنَّ المردود في القرض جعل عين المقبوض حكماً، وإلاَّ يلزم مبادلة جنس بجنس نسيئة وأنَّه حرام فلا يشترط فيها الرواج (**وعند أبي يوسف قيمتها**) أي قيمة الفلوس (**يوم القرض وعند محمد يوم الكساد**) وقوله: أبي يوسف

. . . .

في جميع البلاد، فلو راجعت في بعضها لم يبطل بل يخير البائع ل تعيبها وحد الكساد عدم وجوده في السوق وإنْ وجد في يد الصيارفة، وفي البيوت، وأما لو نقصت قيمتها قبل القبض أو غلت فالبيع بحاله ولو باع دلال أو فضولي متاع الغير بغير إذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل دفعها لرب المتاع لم يفسد البيع لأنَّ حق القبض له (**ويجوز البيع بالفلوس النافقة وإن لم تتعين**) كالدراهم (**فإن كسدت فالخلاف كما في كساد المغشوش ولو استقرضها فكسدت يرد مثلها**) أي مثل الكاسدة، وعند أبي

قيراط منها ولو دفع إلى صيرفي درهما وقال: أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً الأحبة فسد البيع في الكل وعندهما صح في الفلوس ولو كرر أعطني صح في الفلوس إتفاقاً

أيسر للفتوى لأنَّ يوم القبض يعلم بلا كلفة، وقول محمد: انظر في حق المستقرض لأنَّ قيمتها يوم الإنقطاع أقل.

وكذا في حق المقرض بالنظر إلى قوم الإمام لا إلى المفتي لأنَّ يوم الكساد لا يعرف إلاّ بحرج، **(ولا يجوز البيع بغير النافقة ما لم تعين)** لأنَّها سلعة فلا بد من تعيينها **(ومن اشترى بنصف درهم فلوس أو دانق)** بفتح النون وكسرها سدس الدرهم يحتمل أن يكون عطفاً على درهم أو على نصف، وهو الظاهر، **(فلوس أو قيراط)** وهو نصف الدانق، **(فلوس جاز البيع)** عندنا.

وكذا بثلث درهم أو ربعه **(وعليه)** أي على المشتري **(ما يباع بنصف درهم أو دانق أو قيراط منها)** أي من الفلوس فقوله: من الفلوس بيان لما يباع لأنَّ التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل معلوم بين الناس، لا تفاوت فيه فلا يؤدي إلى النزاع واقتصر المصنف على ما دون الدرهم لأنَّه لو اشترى بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس، لا يجوز عند محمد لعدم العرف، وجوزه أبو يوسف للعرف، وهو الأصح كما في الكافي. **(ولو دفع إلى صيرفي)** وهو من يميز الجودة من الرداءة **(درهماً وقال: أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً)** أي ما ضرب من الفضة ما يساوي وزن نصف درهم **(الأحبة فسد البيع في الكل)** عند الإمام لأنَّ الفساد قوي في البعض وهو قوله: نصف درهم الأحبة لتحقق الربا لأنَّه باع الفضة بالفضة متفاضلاً وزن الحبة فيسري إلى البعض الآخر وهو الفلوس لاتحاد الصفقة **(وعندهما صح)** البيع **(في الفلوس)** وبطل فيما يقابل الفضة وأصل الخلاف أن العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ، وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال: أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفا الأحبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما كما في البحر وعن هذا قال: **(ولو كرر أعطني صح في الفلوس اتفاقاً)** لأنَّه لما كرر صار عقدين، وفي الثاني: ربا وفساد أحد البيعتين لا يوجب فساد الآخر، وفي المنح قال أبو

. . . .

يوسف قيمتها يوم القرض **(وعند محمد يود الكساد)** وعليه الفتوى كما في البزازية وغيرها وفي النهر، وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في اختيار قولهما: انتهى. ولا تغفل عن قاعدة المصنف رحمه الله تعالى. **(قلت)**: ومحل الخلاف فيما إذا هلكت ثم كسدت فلو باقية ردَّ عينها اتفاقاً ذكره ابن الملك، وغيره **(ولا يجوز البيع بغير)** الفلوس **(النافقة ما لم تعين)** لأنَّها كسلعة **(ومن اشترى بنصف درهم)** مثلاً **(فلوس أو دانق فلوس أو قيراط فلوس جاز البيع)** بلا بيان عددها للعلم به **(وعليه ما يباع بنصف درهم أو دانق أو قيراط منها)** وكذا بدرهم فلوس أو بأكثر عند أبي يوسف وهو الأصح للعرف، **(ولو دفع إلى صيرفي درهماً)** كبيراً **(وقال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً)** من الفضة صغيراً **(الأحبة فسد البيع في**

ولو قال: أعطني به نصف درهم فلوس ونصفا الأحبة صح في الكل والنصف الأحبة بمثله، والفلوس بالباقي.

النصر: إلاَّ قطع هذا غلط من الناسخ لأنَّ العقد فيه فاسد عند الإمام وعندهما جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الآخر على اختلافهم في الصفقة الواحدة إذا تضمنت الصحيح، والفاسد وفي الفتح اعتراض وجواب فليطالع **(ولو قال: أعطني به)** أي بالدرهم **(نصف درهم فلوس)** قال المولي سعدي: قال ابن الهمام: يجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة لنصف ويجوز على رواية الجر أنْ يكون صفة للنصف، والجر على الجوار **(ونصفا الأحبة صح في الكل والنصف)** والأولى بالفاء التفريعية **(الأحبة بمثله، والفلوس بالباقي)** لأنَّه ذكر المثمن ولم يقسمه على أجزاء الثمن فيكون النصف الأحبة في مقابلة مثله وما بقيَّ من نصف وحبة في مقابلة الفلوس، وفي التنوير والأموال ثلاثة ثم بكل حال، وهو النقد إن صحبته الباء أولاً قوبل بجنسه أولاً، ومبيع بكل حال كالثياب والدواب.

وثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات، فإنْ اتصل بها الباء فثمن وإلاَّ فمبيع.

وأما الفلوس فإنْ كانت رابحة الحقت بالثمن وإلاَّ فبالسلعة ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده في ملك العاقد عند العقد، وعدم بطلان العقد بهلاك الثمن، ويصح الإستبدال به في غير الصرف والسلم، وحكم المبيع خلاف الثمن في الكل فيشترط وجود المبيع في ملكه.

. . . .

الكل) عنده **(وعندهما صح في الفلوس)** فقط، **(ولو كرر أعطني)** به **(صح في الفلوس إتفاقاً)** ويجعل عقدين **(ولو قال: أعطني به نصف درهم فلوس)** كذا في النسخ وضبطه شراح الكنز بالنصب صفة نصف **(ونصفا الأحبة صح في الكل و)** يكون **(النصف الأحبة بمثله والفلوس بالباقي)** اتفاقاً. **(قلت)**: واعلم أنَّ الفلوس ليست بثمن في الأصل، وإنما ضربت لتقام مقام الكسور من الفضة لحاجة الناس إلى ذلك في شراء الدراهم لو صح مكروه. كذا في الشرنبلالية عن المحيط فليحفظ.

كتاب الكفالة

هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين هو الأصح ولا تصح إلا ممن يملك التبرع

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لأنَّها لا تكون إلاَّ في البياعات غالباً ولأنها إذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هيَّ معاوضة و (هيَّ) في اللغة الضم، قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ أي ضمنها إلى نفسه وقرىء بتشديد الفاء، ونصب زكريا أي جعله كافلاً لها وضامناً لمصالحها. وفي الشرع (ضم ذمة) أي ذمة الكفيل (إلى ذمة) أي إلى ذمة الأصيل (في المطالبة) وفي المنح وأصله أنَّ الكفيل، والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له سواء كان المطلوب من أحدهما هو المطلوب من الآخر كما في الكفالة بالمال أولاً كما في الكفالة بالنفس فإنَّ المطلوب من الأصيل المال، ومن الكفيل إحضار النفس ولفظ المطالبة بإطلاقه ينتظمهما هذا على رأي بعضهم وجزم المولى مسكين في شرح الكنز بأنَّ المطلوب منهما واحد، وهو تسليم النفس فإنّ المطلوب عليه تسليم النفس، والكفيل قد التزمه إذا علمت هذا ظهر لك أنَّه لا يحتاج إلى قول صاحب الدرر في مطالبة النفس أو المال أو التسليم لأنَّ المطالبة تشمل ذلك، انتهى لكن فيه كلام لأنَّ صاحب الدرر قال بعده وإنما اخترت

. . . .

كتاب الكفالة

مناسبتها للبيع لكونها فيه غالباً ولكونها بالأمر معاوضة انتهاء (هي) لغة الضم أو الضمان، قال تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧] أي ضمها إلى نفسه وحكى كفلته، وكفلت به وعنه، وتثليت الفاء وشرعاً (ضم ذمة) أي نفس الكفيل (إلى ذمة) أخرى، والذمة لغة العهد وشرعاً محل عهد جرى بينه وبين الله تعالى يوم الميثاق أو وصف ضاربه الإنسان مكلفاً، فالذمة كالسبب، والعقل كالشرط، ثم استعير على القولين للنفس والذات بعلاقة الجزئية والحلول فقولهم: وجب في ذمته أي على نفسه، وتمامه في الأصول (في المطالبة) أي اشتراك كل من الكفيل والأصيل في جواز طلب

. . . .

تعريفاً صحيحاً متنا، ولا لجميع الأقسام صريحاً، ولا صراحة فيما نقل صاحب المنح عن المولى المسكين بل على طريق الشمول، والتصريح أولى في التعريف تدبر (لا في الدين) كما قاله بعضهم: لكنَّه (هو) أي كونه ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، (الأصح) لأنَّ الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس، ولا دين ثمة وكما تصح بالأعيان المضمونة بنفسها، ولأنَّه لما ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل صار الدين الواحد دينين، وقلب الحقيقة فلا يصار إليه إلاَّ عند الضرورة كما في العناية، وغيرها لكن فيه كلام لأنَّ معنى قلب الحقائق عند المحققين انقلاب واحد من الواجب، والمتنع، والممكن إلى الآخر، والدين فعل واجب في الذمة وهو ههنا تمليك مال بدلاً عن شيء كما في القهستاني. وقال المولى: أخي في حاشيته تعليل صاحب العناية يعطي عدم صحة الثاني مع أنَّ مقتضى صيغة التفضيل صحته، اللهمَّ إلاَّ أن يلغي معنى الأفضلية فيها كما صرح به في شرح المفتاح فكأنَّه قال: الصحيح الأول فاندفع ما ذكر الأستاذ في شرح الغرر، انتهى هذا مخالف لإصطلاح الفقهاء فإنَّهم لا يستعملون الأصح في معنى الصحيح، بل في مقابلة الصحيح تدبر (ولا تصح) الكفالة (إلا ممن يملك التبرع) لأنَّه عقد تبرع ابتداء فلا تصح في العبد والصبي والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كما في الخلاصة، هذا بيان أهلها، وأما ركنها فإيجاب، وقبول بالألفاظ الآتية، ولم يجعل أبو يوسف في قوله الآخر: القبول ركناً فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس، وشرطها كون

. . . .

المكفول له نفسهما أو عيناً واجبة التسليم كمغصوب وعارية، ثم لا يلزم منه لزوم المطالبة الدين على الكفيل ألا ترى أنَّ الوكيل مطالب بالثمن وهو على الموكل لا غير فلذا قال: (لا) أنَّها أي الكفالة بالدين ضم ذمة إلى أخرى (في الدين) والاستيفاء من أحدهما كالغاصب، وغاصب الغاصب على ما ذهب إليه جمع لأنَّه يصير دينين، وهو غير معقول، ولذا تصح هبة الدين من غير من عليه الدين، وصحة الهبة من الكفيل للضرورة (و) هذا (هو الأصح) كما في الهداية وغيرها لما ذكرنا، قيل: لا صحة للثاني فيكون الأول أصح لخروج الكفالة بالنفس عنه، وفيه كلام لأنَّ أفعل التفضيل ليس على بابه هنا على أنَّه لا مانع من الاقتصار على تعريف نوع منها، وهو الكفالة بالمال لما أنَّه محل الخلاف وبه يستغني عما تكلفه بعضهم ومن الظن أنَّه يجعل الدين دينين، وهو قلب الحقيقة لأنَّ معناه عند المحققين انقلاب واحد من الواجب والممتنع والممكن إلى الآخر والدين فعل واجب في الذمة هو ههنا عليك مال بدلاً عن شيء ذكره الكرماني، وغيره ثم لا يخفى أنَّه تعريف بالحكم، فالأولى عقد وثيقة لصرف الوجوب ذكره القهستاني وركنها إيجاب وقبول وشرطها كون المكفول به مقدور التسليم، وفي الدين كونه صحيحاً، وحكماً لزوم المطالبة على الكفيل، وأهلها من هو أهل للتبرع (ولا تصح إلاَّ ممن يملك التبرع) بأن يكون مكلفاً حراً، والدائن مكفول له والمديون مكفول عنه، والنفس أو المال مكفول به، ومن لزمته المطالبة كفيل، والأصل في مشروعيتها قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم﴾ [يوسف: ٧٢]، أي كفيل، والكف عنها أولى، فإنَّ الأكثر أن يكون أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها

وهي ضربان بالنفس وبالمال فالأولى تنعقد بكفلت بنفسه، وبرقبته ونحوها مما يعبر به عن البدن أو بجزء شائع منه كنصفه أو عشرة وبضمنته أو هو على أو إلى أو أنا زعيم أو

المكفول به مقدور التسليم من الكفيل، وفي الدين كونه صحيحاً وحكماً لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الأصيل نفساً أو مالاً، والمدعي مكفول له، والمدعى عليه مكفول عنه، والنفس أو المال مكفول به والمكفول عنه والمكفول به في الكفالة بالنفس واحد **(وهيَّ)** الكفالة **(ضربان)** كفالة **(بالنفس و)** كفالة **(بالمال)** خلافاً للشافعي في الكفالة بالنفس إذ عنده لا تجوز الكفالة بالنفس في قول، لأنَّه غير قادر على تسليم المكفول له حيث لا ينقاد له بل يمانعه، ويدافعه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على مال نفسه، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم»، وجه الإستدلال به أنَّه بإطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال لا غرم في كفالة النفس لأنَّا نقول: الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى: ﴿إنَّ عذابها كان غراماً﴾، ويمن العمل بموجبها بأنْ يخلى بينه وبينه على وجه لا يقدر أنْ يمتنع عنه أو بأن يستعين بأعوان القاضي على تسليمه مع أنَّ الظاهر أنَّه إنما يتكفل بنفس من يقدر على تسليمه، وينقاد له، وأيضاً الزام الشيء على نفسه يصح وإنْ كان لا يقدر على ملتزم عليه غالباً كمن نذر أن يحج ألف حة يلزمه ذلك وإنْ كان لا يعيش ألف سنة **(فالأولى)** أي كفالة النفس **(تنعقد بكفلت بنفسه، وبرقبته ونحوها)** أي نحو الرقبة **(مما يعبر به عن)** جميع **(البدن)** عرفاً كالبدن والجسد، والروح والرأس والوجه، والعنق والعين والفرج إذا كانت امرأة بخلاف اليد والرجل **(أو بجزء شائع منه كنصفه أو عشرة)** أو ثلثه أو ربعه أو نحوها لأنَّ النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزيء فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها. وفي السراج ولو أضاف الجزء إليه بأنْ قال الكفيل: كفل لك نصفي أو ثلثي فإنَّه لا يجوز، **(و)** تنعقد **(بضمنته)** أي بقوله: ضمنت لك فلاناً لأنَّه تصريح بمقتضاه **(أو هو على)** لأنَّ كلمة على للالزام فكأنَّه قال: أنا ملتزم تسليمه **(أو إلى)** لأنَّ إلى بمعنى على قال عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلاً أي يتيماً أو عيالاً فإلى»، وروي على لكونهما بمعنى **(أو أنا زعيم)** لأنَّ الكفيل يسمى زعيماً، قال الله تعالى

. . . .

غرامة فعليك بالسلامة، **(وهي ضربان بالنفس وبالمال)** زاد بعضهم وبتسليم المال، ويمكن دخوله في المال فلا يحتاج لجعله قسماً ثالثاً فتأمل **(فالأولى تنعقد بكفلت بنفسه أو برقبته ونحوهما مما يعبر به عن البدن)** كالطلاق وقدمنا ثمة أنهم لو تعارفوا اطلاق اليد على الجملة وقع به الطلاق فكذا في الكفالة.

كذا في الفتح وغيره **(أو بجزء شائع منه كنصفه أو عشره و)** تنعقد **(بضمنته أو هو على أو إلى)** أو عندي **(أو أنا زعيم أو قبيل به)** أو غريم أو حميل بمعنى محمول كما في البدائع **(لا بأنا ضامن لمعرفته)** خلافاً لأبي يوسف وتمامه في شرحنا على التنوير. (تنبيه): لو كفل إلى ثلاثة أيام مثلاً كان كفيلاً بعد الثلاثة أبداً، ولو زاد وأنا بريء بعد ذلك لم يصر كفيلاً على المذهب وهي الحيلة في كفالة لا تلزم،

قبيل به لا بأنا ضامن لمعرفته وصح أخذ كفيلين وأكثر ويجب فيها إحضار مكفول به إذ طلبه المكفول له فإن لم يحضره حبس وإن عين وقت تسليمه لزمه ذلك فيه إذا طالبه فإن سلمه قبل ذلك برىء فإن غاب المكفول به وعلم مكانه أمهله الحاكم مدة ذهابه وإيابه

حكاية عن صاحب يوسف ﴿وأنا به زعيم﴾ أي كفيل، **(أو قبيل به)** أي بفلان لأنَّ القبيل هو الكفيل، ولهذا سميَّ الصك قبالة لأنَّه يحفظ الحق **(لا)** تنعقد **(بأنا ضامن لمعرفته)** لأنَّه التزام معرفته دون المطالبة، وقال أبو يوسف: يصير ضامناً للعرف، وقال أبو الليث: هذا القول عن أبو يوسف: غير مشهور، والظاهر ما رويَّ عنهما، وبظاهر الرواية يفتي كما في أكثر الكتب، وفي التنوير وينعقد بقوله: أنا ضامن حتى يجتمعا أو يلتقيا ويكون كفيلاً إلى الغاية، وقيل: لا ينعقد لعدم بيان المضمون هل هو نفس أو مال، وقيد بالمعرفة لأنَّه لو قال: أنا ضامن تعريفه، أو على تعريفه ففيه اختلاف المشائخ والوجه اللزوم كما في البحر، ولو قال: أنا ضامن لوجهه فإنّه يؤخذ لوجهه به ولو قال أنا أعرفه ولا يكون كفيلاً وكذا لو قال كفيل لمعرفة فلان ولو قال: معرفة فلان على قالوا: يلزمه أنْ يدل عليه كما في الخانية ولو قال: «فلان آشناء منست أو آشناست» صار كفيلاً بالنفس عرفاً وبه يفيت في المضمرات **(وصح أخذ كفيلين وأكثر)** لأنَّ حكم الكفالة استحقاق المطالبة، وهو يحتمل التعدد فالتزام الأول لا يمنع الثاني على أنَّ المقصود منها التوثق، وأخذ كفيل آخر وآخر زيادة في التوثق فصحت الثانية مع بقاء الأولى.

وكذا الثالثة فما فوقها، **(ويجب فيها)** أو في الكفالة بالنفس على الكفيل **(احضار مكفول به)** وهو النفس **(إذا طلبه المكفول له)** وهو المدعي وفاء بما التزمه **(فإن لم يحضره)** أي إنْ لم يحضر الكفيل المكفول به بعد الطلب بغير عجز **(حبس)** على صيغة المبني للمفعول أي حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء ما وجب عليه، ولكن لا يحبسه أول مرة حتى يظهر مطله لأنَّه جزاء الظلم، وهو ليس بظالم قبل المطل، هذا إذا أقر بالكفالة بالنفس، أما إذا أنكرها وثبتت بالبينة

. . . .

وأقره القهستاني وغيره. ونقله في لسان الحكام عن أبي الليث وأنَّه عليه الفتوى.

ثم نقل عن الواقعات أنَّ الفتوى أنَّه يصير كفيلاً انتهى. **(قلت)**: فليتنبه لذلك **(وصح أخذ كفيلين وأكثر)** معاً ومتعاقبا كما يأتي، **(ويجب فيها إحضار المكفول به إذا طلبه المكفول له فإنْ لم يحضره حبس)** الكفيل، ولو أول مرة على المذهب إلى أنْ يظهر للقاضي تعذر إحضاره بدلالة الحال أو بالبينة **(قلت)**: وهي الحيلة في دفع المطالبة كما في البحر، ولو ظهر عجزه ابتداء لا يحبس ذكره العيني وغيره، ولكن يلازمه حتى يحضره. ذكره القهستاني، وغيره **(وإن عين وقت تسليمه لزمه ذلك فيه إذا طالبه)** في ذلك الوقت، **(فإن سلمه قبل ذلك بريء)** لحصول المقصود **(فإن غاب المكفول به وعلم مكانه)** ولو لحق بدار الحرب مرتداً ويمكنه دخولها **(أمهله الحاكم مدة ذهابه وإيابه فإنْ مضت ولم يحضره حبسه)** فلو اختلفا في العلم بمكانه، فإن له خرجة معروفة أمر الكفيل بالذهاب إليه وإلاَّ حلف أنَّه لا يدري موضعه.

فإن مضت ولم يحضره حبسه وإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به وتبطل بموت الكفيل والمكفول به ولو عبداً دون موت المكفول له بل يطالب وارثه أو وصيه الكفيل

عند الحاكم فيحبسه أول مرة في ظاهر الرواية، قال الخصاف: لا يحبسه أول مرة ولو ثبت بالبينة وقيدنا بغير عجز، لأنَّه إن عجز فلا حبس بل يلازمه الطالب، **(وإن عين)** أي الكفيل **(وقت تسليمه)** أي المكفول به **(لزمه)** أي الكفيل **(ذلك)** أي إحضار المكفول به **(فيه)** أي في وقت الذي عينه **(إذا طالبه)** المكفول له في ذلك الوقت أو بعده لأنَّه التزمه، كذلك **(فإن سلمه)** اليه **(قبل)** مجيء **(ذلك)** الوقت **(بريء)** الكفيل، وإن لم يقبله المكفول له لأنه ما التزم تسليمه إلا مرة، وقد أتى به، وفي المنح إذا كفل إلى ثلاثة أيام كان كفيلاً بعد الثلاثة ولا يطالب في الحال في ظاهر الرواية وبه يفتي، وإذا قال: أنا كفيل بنفسي فلان من اليوم إلى عشرة أيام صار كفيلاً في الحال، فإذا مضت العشرة خرج عنها، ولو قال: أنا كفيل بنفسه إلى عشرة فإذا مضت العشرة فأنا بريء، قال ابن الفضل: لا مطالبة عليه بها لا فيها ولا بعدها، وقال أبو الليث: الفتوى على أنه لا يصير كفيلاً، وهذه حيلة لمن يلتمس منه الكفالة، ولا يريد أنْ يصير كفيلاً. وفي الواقعات الفتوى على أنَّه يصير كفيلاً كما في البحر، **(فإن غاب المكفول به وعلم مكانه أمهله الحاكم مدة ذهابه وإيابه)** وهو مقيد بما إذا أراد الكفيل السفر إليه، فإن أبى حبسه للحال من غير إمهال كما في البزازية، **(فإن مضت)** المدة **(ولم يحضره)** مع إمكان الإحضار **(حبسه)** الحاكم لما ذكرناه **(وإن غاب)** المكفول به **(ولم يعلم مكانه لا يطالب به)** لأنَّه عاجز، فعلى هذا التجأ إلى باب الجائر، ينبغي أنْ لا يطالب به لتحقق العجز، كما في الزاهدي وفي البحر، ولا بد من ثبوت أنَّه غائب لم يعلم مكانه، أما بتصديق الطالب أو ببينة فإنْ اختلفا، ولا بينة فقال الكفيل: لا أعرف مكانه، وقال الطالب: تعرفه فإنْ كان له خرجة معلومة للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع وإلا فالقول للكفيل لتمسكه بالأصل وهو الجهل، ولو علم أنَّ المكفول به ارتد ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل، ولا تبطل باللحاق بدار الحرب، وقيده في الذخيرة بما إذا كان الكفيل قادراً على رده بأنْ كان بيننا وبينهم مواعدة أنهم يردون إلينا المرتد وإلاَّ لا يؤاخذ به، ثم كل موضع قلنا: إنَّه يؤمر بالذهاب إليه للطالب أنْ يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لا يغيب الآخر، **(وتبطل)** الكفالة بالنفس **(بموت الكفيل)** لحصول العجز الكلي عن التسليم بعد موته ووارثه لا يقوم مقامه لأنَّ الخلفية فيما له لا

. . . .

ثم في كل موقع قلنا بذهابه ليه للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل كيلاً بغيب الآخر **(وإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به)** لما ذكرنا، فصار كالموت (و) لكنها **(تبطل)** أصلاً **(بموت الكفيل)** للتيقن بالعجز، وقيل: يطالب وارثه بإحضاره كما في السراج، (و) بموت **(المكفول به ولو عبداً)** ذكره دفعاً لتوهم أنَّ العبد مال فإذا تعذر تسليمه لزم قيمته وسيجيء ما لو كفل برقبته **(دون موت المكفول له بل يطالب وارثه أو وصيه الكفيل)** وقيل: تبطل كما في الوهبانية، والأول المذهب ويطالب الوصي أو لا ثم

ويبرأ إذا سلمه حيث تمكن مخاصمته وإنْ لم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء وبتسليم وكيل الكفيلِ أو رسوله وبتسليم المكفول به نفسه من كفالته فإنَّ شرط تسليمه في مجلس

فيما عليه بخلاف الكفالة بالمال كما في الهداية وغيرها، لكن في السراج نقلاً عن الكرخي لا تبطل بموت الكفيل، ويطالب ورثته بإحضاره (و) تبطل بموت (**المكفول به**) لامتناع التسليم (**ولو**) كان المكفول به (**عبداً**) إنما قال: هذا لتوهم أنَّ العبد مال مطالب به، وكفل بنفسه رجل أما إذا كان المدعي به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته (**دون موت المكفول له بل يطالب وارثه أو وصيه الكفيل**) أي إذا مات المكفول له لم تبطل، ويسلمه الكفيل إلى ورثته فإن سلمه إلى بعضهم بريء منهم خاصة، وللباقين مطالبته بإحضاره فإنْ كانوا صغاراً فلوصيهم مطالبته، فإنْ سلمه أحد الوصيين برىء في حقه وللآخر مطالبته، وفي منظومة ابن وهبان أنَّها تبطل بموت الطالب، والمعروف في المذهب خلافه كما في البحر (**ويبرأ**) الكفيل بالنفس (**إذا سلمه**) أي سلم المكفول به إلى المكفول له (**حيث تمكن مخاصمته**) كما إذا سلمه في مصر سواء قبله الطالب أولاً (**وإنْ**) وصلية (**لم يقل إذا دفعته إليك فأنا برىء**) لأنَّ موجب الدفع إليه البراءة فتثبت وإنْ لم ينص عليها كالمديون إذا سلم الدين، وإطلاقه شامل ما إذا قال: سلمته إليك بجهة الكفالة أولاً إن طلبه منه، وأما إذا لم يطلبه منه فلا بد أن يقول ذلك (و) يبرأ (**بتسليم وكيل الكفيل أو رسوله**) لقيامهما مقامه (**وبتسليم المكفول به نفسه من كفالته**) هذا قيد في الجميع يعني لا يبرأ الكفيل حتى يقول له المكفول سلمت نفسي إليك من الكفالة، والوكيل والرسول كالمكفول لا بد من التسليم عنها وإلاَّ لا يبرأ كما في المنح فعلى هذا ظهر ضعف ما قبل من أنَّه متعلق بتسليم المكفول به نفسه تدبر، هذا إذا كان بغير طلب أما إذا كان بعد طلبه فلا يشترط أن يقول: سلمته بحكم الكفالة كما مر آنفاً فينبغي لصاحب المنح التفصيل تأمل، قيد بالوكيل والرسول لأنَّه لو سلمه أجنبيه بغير أمر الكفيل، وقال: سلمت إليك عن الكفيل فإنْ قبل

. . . .

الوارث كما في الهداية وغيرها. (**قلت**): فلو قدم الوصي وقال: بالواو كما في الوقاية لكان أحسن لا مكان الاستدلال بالتقديم (**ويبرأ إذا سلمه**) ولو حكماً كرسوله كما يأتي (**حيث تمكن مخاصمته**) بأنْ يكون بموضع فيه حاكم (**وإنْ لم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء**) ويبرأ بتسليمه مرة قال: سلمته إليك بجهة الكفالة، أو لا إنْ طلبه منه وإلاَّ فلا بد أنْ يقول ذلك (و) يبرأ (**بتسليم وكيل الكفيل أو رسوله**) إليه لأنَّ رسوله إلى غيره كالأجنبي وفيه يشترط قبول الطالب بخلاف غيره كالأجنبي وفيه يشترط قبول الطالب بخلاف غيره على المشهور (و) كذا (**بتسليم المكفول به نفسه**) لحصول المقصود، ولكن يشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء: سلمت إليك عن الكفيل أو دفعتُ نفسي إليك (**من كفالته**) أي لحكم كفالة فلان وإنْ لم يقبل ذلك لم يبرأ كما صرح به ابن الكمال وغيره. (**قلت**): وقول الباقاني فإطلاق المصنف فيه ما فيه كما لا يخفى على فقيه فتنبه، وفي الإكتفاء بالتسليم إشعار بأنَّه لو أقر المكفول له أنَّه لا حق له قبل المكفول عنه لم يبرأ الكفيل عن الكفالة كما لو أخذ الكفيل كفيلاً آخر كما

القاضي فسلمه في السوق قالوا يبرأ والمختار في زماننا إنَّه لا يبرأ وإن سلمه في مضر آخر لا يبرأ عندهما ويبرأ عند الإمام وإن سلمه في برية أو في السواد لا يبرأ وكذا إن سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب فإن كفل بنفسه على أنَّه إن لم يواف به غدا فهو

الطالب بريء الكفيل، وإن سكت لا (**فإن شرط تسليمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق**) أي في سوق المصر (**قالوا يبرأ**) لحصول المقصود بنصرة أعوان الحاكم (**والمختار في زماننا إنَّه لا يبرأ**) سواء كان في سوق ذلك المصر أو في سوق مصر آخر، وهو قول زفر: وبه يفتي في زماننا لتهاون الناس في إقامة الحق والمعاونة الفسقة على الخلاص منه، والفرار فالتقليد بمجلس القاضي مفيد وهذه إحدى المسائل التي يفتي بقول زفر: (**وإن سلمه في مصر آخر لا يبرأ عندهما**) لأنَّه قد يكون شهوده فيما عينه أو يعرف ذلك القاضي حادثته فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر (**ويبرأ عند الإمام**) إن كان فيه سلطان أو قاضٍ، وكانت غير بمقيدة بمصر لإمكان إحضاره إلى مجلس القاضي وفي البحر نقلاً عن القنية كفل بنفسه في البلد، وسلمه في الرساتيق صح إنْ كان فيها حاكم وقال: العلاء التاجري، والبدر الطاهر لا يصح قال: وجوابهما أحسن لأنَّ أغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على محاكمته على وجه العدل انتهى هذا في زمانهم، أما في زماننا فأكثر قضاة مصر مثل قضاة رساتيق خوارزم أصلحهم الله تعالى بلطفه وكرمه (**وإن سلمه في برية أو في السواد**) أي في القرية التي ليس لها حاكم (**لا يبرأ**) لعدم حصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة (**وكذا**) لا يبرأ (**إن سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب**) قيل هذا إذا كان في سجن حاكم آخر لعدم الإمكان على المخاصمة.

وأما إذا كان في سجن قاضٍ وقع مخاصمته بين يديه فيبرأ عن الكفالة سواء كان مسجوناً له أو لغيره لأنَّ الحاكم قادر على الإحضار للخصومة ثم يعيده إلى السجن (**فإن كفل**) رجل (**بنفسه**) أي المديون بمال كذا (**على أنَّه**) أي الكفيل (**إن لم يواف**) أي إنْ لم يأت الكفيل

. . . .

في النظم (**فإنْ شرط تسليمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق قالوا**) في زمانهم (**يبرأ والمختار في زماننا أنَّه لا يبرأ**) وبه يفتي لفساد الزمان، ولو سلمه عند الأمير أو شرط تسليمه عند هذا القاضي فسلمه عند قاضٍ آخر جاز كما في البحر (**وإن سلمه في مصر آخر لا يبرأ عندهما، ويبرأ عند الإمام**) وظاهر صنيع المصنف اختيار قولهما: فتنبه (**وإن سلمه في برية أو في سواد**) لا حاكم فيه (**لا يبرأ**) كذا قيده الباقاني. (**قلت**): وفي القهستاني عن المنية، وعن بعضهم أنَّ بالتسليم بالرستاق لا يبرأ لأنَّ أكثر قضاته ظلمة، قال فعلى هذا قلما يبرأ في زماننا كما لو سلم في بلاد فيه حكام ومن لم يصدق فليجرب انتهى.
(**وكذا**) لا يبرأ (**إن سلمه في السجن، وقد حبسه غير الطالب**) أي وكان السجن سجن قاضٍ آخر، فلو سجن هذا القاضي أو سجن أمير البلد في هذا المصر برأ. ذكره ابن الملك، وغيره فليحفظ (**فإن كفل بنفسه على أنَّه إن لم يواف**) أي يأت (**به غداً فهو ضامن لما عليه**) من المال صحت الكفالتان استحساناً

ضامن لما عليه فلم يواف به غداً لزمه ما عليه وإنْ مات ولا يبرأ من كفالة النفس ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها فكفل بنفسه رجل على أنَّه أنْ لم يواف به غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً لزمه المائة خلافاً لمحمد ولا يجبر على إعطاء كفيل

المكفول له (به) أي المكفول عنه، يقال: وافاء أي أتاه من الوفاء عدي المصنف إلى المفعول الثاني بالباء على ما هو القياس عند البعض (**غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به غداً**) مع قدرته عليه (**لزمه**) أي الكفيل بالنفس (**ما عليه**) من المال عندنا لتحقق الشرط، وهو عدم الموافاة إذ الكفالة تشبه النذر ابتداء باعتبار الإلتزام إذ لا يقابله شيء وتشبه البيع انتهاء باعتبار الرجوع فيكون مبادلة المال بالمال فإن علق الكفالة بغير ملائم مثل هبوب الريح لم تصح كالبيع وإنْ بملائم متعارف مثل عدم الموافاة في وقت تصح كالبذر مع أنَّ هذا التعليق ليس في وجوب المال بل في وجوب المطالبة وقال الشافعي: لا تصح لأنَّه إيجاب المال بالشرط فلا يجوز (**وإنْ**) وصلية (**مات**) المكفول به قبل الحضور فيضمن الكفيل المال إذ يثبت بموته عدم الموافاة به، ولو مات الكفيل قبل الحضور يضمن وازنه مال، ولو مات المكفول له يطالب وارثه (**ولا يبرأ**) الكفيل (**من كفالة النفس**) بوجود الكفالة بالمال في هذه المسألة لأنَّها كانت ثابتة قبلها، ولا تنافي كما لو كفلهما وإنما قلنا مع قدرته عليه لأنَّه إذا عجز لا يلزمه إلاَّ إذا عجز بموت المطلوب لما في الكافي وغيره فإنْ مات المكفول عنه قبل مضي الغد، ثم مضى الغد ضمن الكفيل المال لأنَّ شرط لزوم المال عدم الموافاة، وقد وجد انتهى فعلى هذا تقييد صاحب الفتح بقوله: بعد الغد مخالف لما في الكافي وغيره تتبع وفي التنوير ولو اختلفا في الموافاة فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل، (**ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها**) أي بين صفتها على وجه تصح الدعوى بأنها سلطانية أو إفرنجية (**أو لم يبينها فكفل بنفسه رجل على أنَّه إنْ لم يواف به**) أي المكفول به (**غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً لزمه المائة**) عند الشيخين لتحقق الشرط لأن الكفيل لما عرف المال باللام حيث قال: فعليه المائة يحمل على الأصل، وهو العهد فينصرف إلى المال الذي على المدعي عليه، فيخرج عن احتمال مال الرشوة لأنَّ المدعي لم يعين المال المدعىٰ في غير مجلس القضاء تحرزاً عن حيلة خصمه فإنْ بين قبل الكفالة فحكمه ظاهر، وإنْ بين بعدها يلتحق البيان إلى المجمل فصار كما كان المال مبيناً عند الدعوى قبل

. . . .

لتعامل الناس، وحينئذ (**فلم يواف به غداً**) مع قدرته عليه على ما مر (**لزمه ما عليه وإن مات**) المطلوب في هذه الصورة قبل انقضاء المدة، أخذ من تركته تحقيقاً للشرط (**ولا يبرأ**) أيضاً (**من كفالة**) السابقة (**النفس**) لعدم التنافي (**ومن ادعى على آخر بمائة دينار بينها أو لم يبينها فكفل بنفسه رجل على أنَّه إنْ لم يواف به غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً لزمه المائة**) المعهودة التي بينها المدعي أما بالبينة أو بإقرار المدعي عليه وتصح الكفالتان لأنَّه يلتحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة بالنفس فيترتب عليها صحة الكفالة بالمال (**خلافاً لمحمد**) وقولهما أصح (**ولا يجبر**) المدعي عليه (**على إعطاء كفيل بالنفس**

بالنفس في حد، وقصاص فإن سمحت به نفسه صح وقالا يجبر في القصاص وحد القذف فإن شهد عليه مستوران في حد أو قود حبس وكذا إن شهد عدل واحد خلافاً لهما في رواية وصح الرهن والكفالة بالخراج والكفالة بالمال صحيحة ولو مجهولاً إذا كان

الكفالة، فحينئذ تبين صحة الكفالة الأولى ويترتب عليها الأخرى ويكون القول قوله في البيان إذا اختلفا فيه لأنَّه يدعي صحة اكلفالة **(خلافاً لمحمد)** قيل عدم الجواز عنده بناء على أنَّه أطلق المال ولم يقل المال الذي على المدعي عليه فعلى هذا لا فرق بين بيان المدعي المال وعدم بيانه وقيل: بناء على أنَّه لما لم يبين المدعي لم تصح الدعوى فلم يستوجب إحضاره المدعي عليه إلى مجلس القاضي، فلم تصح الكفالة بالنفس، فلا تجوز الكفالة بالمال لابتنائها عليها فعلى هذا إنْ بين تكون الكفالة صحيحة، ونقل في الفتح عن قول أبي يوسف اختلافاً فليطالع **(ولا يجبر على إعطاء كفيل بالنفس في حد، وقصاص)** يعني لو طلب مدعي القصاص، أو حد القذف من القاضي أن يأخذ كفيلاً لنفس المدعي عليه حتى يحضر البينة، فالقاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل كسائر الحدود عند الإمام مطلقاً لقوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد من غير فصل، ولأنَّ مبنى الحدود كلها على الدرء بالشبهة فلا يجبر على استيثاقها بالكفالة **(فإن سمحت به نفسه)** أي، لو تبرع المدعي عليه بإعطاء كفيل بلا طلب في حد القذف والقصاص **(صح)** بالإجماع لأنَّ تسليم النفس واجب عليه للطالب فيجوز إعطاء الكفيل بتسليم نفسه له **(وقالا يجبر في القصاص)** لأنَّ الغالب فيه حق العبد **(وحد القذف)** لأنَّ فيه حق العبد، وإن لم يقدر على الإعطاء يأمره بالملازمة معه لا بالحبس وهو المراد بالجبر هنا عندهما، والحق البعض حد السرقة بهما بخلاف سائر الحدود لأنَّها خالصة لله تعالى، ومنذرآت بالشبهات فلا حاجة إلى الجبر على إعطاء الكفيل للاستيثاق في حقه تعالى بالإتفاق، ويجبر في دعوى القتل بالخطأ على الإعطاء، والجروح به لأنَّ موجبها المال.

وكذا يجبر في التعزير **(فإن شهد عليه)** أي على المدعي عليه **(مستوران)** أي غير معلوم فسادهما **(في حد أو قود حبس وكذا)** يحبس **(إن شهد عدل واحد)** يعرفه القاضي بالعدالة لأنَّ الحبس هنا للتهمة، والتهمة تثبت بإحدى شطري الشهادة وهو العدد في المستور أو العدالة في الواحد بخلاف الحبس في الأموال لأنَّه غاية عقوبة فيها فلا يثبت إلاَّ بحجة كاملة، وإذا لم يقدر المدعي على إقامة البينة بما إدعاء، ولا على إثبات التهمة حتى قام القاضي عن مجلس القضاء خلي سبيله **(خلافاً لهما في رواية)** أي في هذه المسألة عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل

. . . .

في) دعوى **(حد وقود)** مطلقاً بل يلازمه إلى قيام القاضي، فإنْ أحضر بينة وإلاَّ خلى سبيله كما في القهستاني عن الكرماني وفي الزيلعي وغيره، المراد بالجبر الملازمة لا الحبس، **(فإن سمحت به نفسه صح)** اتفاقاً **(وقالا: يجبر في القصاص وحد القذف)** وحد السرقة كالتعزير لأنَّه حق آدمي بخلاف الخالصة لله تعالى وبخلافها بنفس حد، وقود لأنَّ النيابة لا تجري في العقوبات، **(فإن شهد مستوران**

دیناً صحیحاً بتکفلت عنه بألف أو بمالك عليه أو بما يدركك في هذا البيع وكذا لو عقلها

كما بيناه، وفي رواية يكفل ولا يحبس لعدم ثبوت القذف أو القود بالحجة التامة **(وصح الرهن والكفالة بالخراج)** إذ الإمام وظفه إلى وقت معين على ما يراه بدلاً عن منفعة حفظ المال فيصير ديناً في الذمة، ويجوز فيه الكفالة بالنفس بناءً على صحة الكفالة بالخراج هو المال بخلاف الزكاة لأنَّها ليست من الديون المطلقة لسقوطها بالموت، ثم شرع في الكفالة بالمال فقال: **(والكفالة بالمال صحيحة ولو)** كان المال **(مجهولاً إذا كان)** ذلك المال **(ديناً صحيحاً)** وصحتها بالإجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع فإنَّها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المال بعد أن كان ديناً صحيحاً، والدين الصحيح الدين لا يسقط إلاّ بالأداء أو الإبراء وهو احتراز عن بدل الكتابة وسيأتي، وفي الإصلاح والمراد من الإبراء ما يعم الحكمي وهو أنْ يفعل فلا يلزمه سقوط الدين فلا يرد النقض بدين المهر، لأنَّ سقوطها بمطاوعتها لابن زوجها من قبيل الإبراء بالمعنى المذكور، وفي المنح ومما يشكل على هذا الأصل الكفالة بالنفقة المقروضة غير المستدانة فإنَّها صحيحة مع أنَّ دين النفقة ليس بصحيح لأنَّها تسقط بموت أحدهما، وبالطلاق ولم أرَّ من أجاب عن هذا، والظاهر أنَّه أخذ فيه بالاستحسان للحاجة إليه لا بالقياس، وقيد بجهالة المال للإحتراز عن جهالة الأصيل والمكفول له لأنَّها مانعة، وتمامه في البحر فليطالع **(بتكفلت)** متعلق بقوله صحيحة **(عنه)** أي عن فلان **(بألف)** درهم هذا نظير ما كان معلوماً **(أو بمالك عليه)** أي بالذي ثبت لك عليه أي فلان هذا نظير ما كان مجهولاً **(أو)** تكلف **(بما يدركك)** أي يلحقك **(في هذا البيع)** من ضمام الدرك، وهو ضمام الثمن عند

....

في) كفالة **(حد أو)** كفالة **(قود حبس)** بهما **(وكذا إن شهد عدل واحد)** لثبوت التهمة والمتهم يحبس ويعزر **(خلافاً لهما في رواية)** أي فيكفي الاستيثاق بالكفالة **(وصح الرهن، والكفالة بالخراج)** الموظف لأنَّه دين صحيح ممكن الإستيفاء. **(قلت)**: وأما الرهن بخراج المقاسمة فباطل خلافاً لما أطلقه في البحر وتجويز الزيلعي الرهن في كل ما تجوز الكفالة به بجامع التوثيق منقوض بالدرك لجواز الكفالة به دون الرهن، **(و)** الثانية **(الكفالة بالمال)** أي بنفس المال أو بفعل يتعلق به كإحضار الأمانات ونحوه ولو من مسلم عن ذمي بالخمر لذمي لكن لو الخمر عند المطلوب، وإلألم يصح كما في العمادية **(صحيحة ولو)** المال **(مجهولاً)** جهالة متعارفة فلو فاحشة لم تصح كجهالة المكفول له وبه، وعنه **(إذا كان)** ذلك المال **(ديناً صحيحاً)** إلاّ في النفقة وبدل السعاية، والدين المشترك كما حررته في شرح التنوير وسيجيء، والدين الصحيح هو ما لا يسقط إلاّ بالأداء أو البراء ولو حكما كدين المهر لسقوطه بمطاوعتها لابن زوجها للإبراء الحكمي **(بكفلت)** متعلق بصحيحة **(عنه بألف)** مثال للمعلوم وذكر أمثلة المجهول بقوله: **(أو بما لك عليه)** من مال، وكذا بما أقر به فلان فعلي، حتى لو مات فأقر فلان بشيء فهو كفيل وذا في تركته كما في الخانية **(أو بما يدرك)** أي يلحقك **(في هذا البيع)** من ضمان الدرك وهو ضمان البيع إنْ لحقه آفة أو ضمان الثمن عن استحقاق المبيع لكنه سيصرح بهذا، وجهالة ذلك باحتمال

بشرط ملائم كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلاناً أو ما غصبك أو ما ذاب لك عليه أو ما غصبك أو ما ذاب لك عليه أو أن أستحق المبيع فعلى وكشرط إمكان الإستيفاء نحو أنْ قدم زيد وهو المكفول عنه وكشرط تعذر الإستيفاء نحو إن غاب عن البلد وإن

استحقاق المبيع أو ضمان المبيع إنْ لحقه آفة فالمكفول به مجهول لاحتمال استحقاق الكل أو البعض فيضمن الكفيل الكل والبعض، وفي السراج فإذا استحق المبيع كان للمشتري أن يخاصم البائع أو لا فإذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له أنْ يأخذ الثمن من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل، أو لا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنَّ له ذلك، وأجمعوا أنَّ المبيع لو ظهر حراً كان له أنْ يخاصم أيهما شاء **(وكذا)** تصح **(لو عقلها)** أي الكفالة **(بشرط ملائم)** أي بشرط موافق وهو أن يكون الشرط سبباً لوجوبه وعبر عنه بالشرط مجازاً **(كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلاناً)** أي إنْ بعت شيئاً من فلان فإني ضامن للثمن لا ما اشتريته فإني ضامن للمبيع لأنَّ الكفالة بالمبيع لا تجوز فما شرطيته كما بعده، وهذا من أمثلة الكفالة بالمجهول وفي المبسوط، ولو قال: إذا بعته شيئاً فهو علي، فباعه متاعاً بألف درهم، ثم باعه بعد ذلك بألف درهم لزم الكفيل الأول دون الثاني لأنَّ حرف إذ لا يقتضي التكرار بخلاف كلما وما ومثل إذا متى وإنْ، ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل أنْ يبايعه، ونهاه عن مبايعته، ثم بايعه بعد ذلك لم يلزمه شيء وإنما قال: ما بايعت لأنَّه لو قال بائع فلاناً على أنَّ ما أصابك من خسران فعلي لم يصح **(أو ما غصبك)** أي إنْ غصب منك فلان فعلى هذا من أمثلة المجهول أيضاً وفي البحر لو قال إن غصب فلان ضيعتك فأنا ضامن لم يجز عند الشيخين وعند محمد يجوز بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافاً له **(أو ما ذاب)** أي ثبت أو وجب من الذوب **(لك عليه)** أي على فلان شيء فعلي **(أو أن استحق المبيع فعلى)** جواب الجميع أي أن استحق المبيع مستحق فعلى الثمن كان استحقاق المبيع شرط وجوب الحق في ذمته، وجاز التعليق به لملائمته الشرط **(وكشرط إمكان الاستيفاء نحو أنْ قدم زيد)** فعلى ما عليه **(وهو)** أي زيد **(المكفول عنه)** فإنَّ قدومه سبب موصل للاستيفاء منه قيد يكون زيد مكفولاً عنه لأنَّه إذا كان أجنبياً كان التعليق به كما في هبوب الريح وتمامه في البحر فليطالع **(وكشرط تعذر الاستيفاء**

....

استحقاق الكل والبعض فيضمن كله وبعضه. **(وكذا)** تصح الكفالة بالمال **(لو علقها بشرط ملائم)** أي موافق للكفالة **(كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلاناً أو ما غصبك)** فلان فعلي واجب أي إنْ بايعته شيئاً، فما شرطية كما بعد وفيه رمز إلى أنَّه يلزم كله قليلاً أو كثيراً مرة أو مراراً بخلاف ما لو قال: إذا بايعته شيئاً فإنه على مرة كما في القهستاني عن الخزانة. **(قلت)**: لكن كتبت في شرح التنوير أنه لو باع ثانياً لم يلزم الكيل إلاَّ في كلما وأنَّه يصح رجوعه قبل المبايعة إلاَّ بالكفالة بالذوب **(أو ما ذاب)** أي ثبت **(لك عليه أو إن استحقت المبيع فعلي)** قد قدمنا دخوله في ضمان الدرك فليدرك **(وكشرط إمكان الاستيفاء نحو إنْ قدم زيد)** فعلي ما عليه من الدين، وهو معنى قوله: **(وهو)** أي والحال أنَّ زيداً هو

عقلها بمجرد الشرط كهبوب الريح ومجيء المطر بطل وكذا إنْ جعل أحدهما أجلاً فتصح الكفالة ويجب المال حالاً وللطالب مطالبة أي شاء من كفيله وأصيله إلاّ إذا شرط

نحو إن غاب) زيد المكفول عنه **(عن البلد)** فعلى ما عليه لأنَّ غيبته سبب لتعذر الاستيفاء فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها، ثم الأصل فيه إنَّ الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله ما غصبك فلان فعلى وجهالة المكفول له أو المكفول عنه تمنع حتى لو قال: من غصبك من الناس، أو بايعك أو قتلك، فأنا كفيل لك عنه أو من غصبته أنت أو قتلته فأنا كفيل له عنك لا يجوز إلاَّ إذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل أنْ يقول: كفلت لك بمالك على أحد هذين فحينئذ يجوز فالتعيين إلى صاحب الحق كما في التبيين **(وإن عقلها)** أي الكفالة **(بمجرد الشرط)** أي بالشرط المجرد عن الملائمة **(كهبوب الريح ومجيء المطر)** بأن قال: إن هبت الريح أو جاء المطر فما على فلان على **(بطل)** الشرط **(وكذا إنْ جعل أحدهما أجلاً)** كما إذا قال: كفلت، بكذا إلى هبوب الريح أو مجيء المطر بطل التأجيل **(فتصح الكفالة ويجب المال)** على الكفيل **(حالاً)** وفي الهداية ولا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله: إنْ هبت الريح أو جاء المطر.

وكذا إذا جعل واحداً منهما أجلاً إلاّ أنه تصح الكفالة، ويجب المال حالاً لأنَّ الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق، والعتاق وفي التبيين وهذا سهو فإنَّ الحكم فيه أنَّ التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لأنَّ الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار، ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان، وغيره وأجاب بعض الفضلاء لكن لا يخلو عن التعسف بل إذا تأملت حق التأمل ظهر لك أنَّ السؤال باقٍ على حاله ولا يندفع إلاَّ أنْ يقال: يمكن الجواب بأنَّ قوله: إلاَّ أنَّه تصح الكفالة ويجب المال حالاً قيد لقوله، وكذا إذا جعل واحداً منهما آجلاً فقط فحاصله لا يصح التعليق بمجرد الشرط، ولا تصح الكفالة أيضاً، وكذا لا يصح التأجيل إذا جعل واحداً منهما آجلاً فإنَّه تصح الكفالة ويجب المال حالاً، لا يقال أنَّه منقوض بقوله لأنَّ الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لأنَّه أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازاً أي بأجل متعارف فلا يلزم المحذور، ويندفع الإشكال تدبر **(وللطالب مطالبة أي شاء من كفيله**

. . . .

(المكفول عنه) أو مضاربة أو موضعه أو غاصبه فتصح الكفالة المعلقة بقدومه لتوسله للأداء **(وكشرط تعذر الاستيفاء نحو إنْ غاب)** زيد **(عن البلد)** فعلي، فهذه جملة الشروط الملائمة التي لا تبطل الكفالة بها، وفيه إشعار بأنَّ غير الملائم باطل أو مبطل أيضاً أشار إليه بقوله: **(وإن علقها بمجرد الشرط)** أي بالشرط المحض المجرد عن الملائمة، وهو الذي ليس بمتعارف **(كهبوب الريح ومجيء المطر بطل)** أي الشرط فقط وتصح الكفالة كما في الهداية والكافية وغيرهما، ولا تسامح فيه كما ظن أو بطل الشرط والكفالة جميعاً كما في التحفة والمضمرات غيرهما، كذا أفاده القهستاني.

براءة الأصيل فتكون حوالة كما إنَّ الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ولو طالب أحدهما له مطالبة الآخر، فإن كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه وإن لم يبرهن صدق الكفيل فيما أقربه مع يمينه والأصيل في إقراره بأكثر على نفسه خاصة فإنْ كفل بلا أمره

وأصيله) أي يثبت الخيار في المطالبة إن شاء طالب الأصيل، وإنْ شاء طالب الكفيل، وإن شاء طالبهما معاً لأنَّه موجب الكفالة إذ هيَّ تنبيء عن الضم كما مر، وذلك يقتضي قيام الذمة الأولى لا البراءة **(إلاّ إذا شرط براءة الأصيل فتكون حوالة كما أن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة)** لأنَّ العبرة في العقود للمعاني مجازاً لا للألفاظ والمباني **(ولو طالب)** الطالب **(أحدهما)** كان **(له مطالبة الآخر)** بخلاف المغصوب منه إذا اختار أحد الغاصبين لأنَّ اختيار أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به، ولا يمكنه التمليك من الآخر بعده.

وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم توجد منه حقيقة الإستيفاء **(فإن كفل مباله عليه فبرهن)** الطالب **(على ألف لزمه)** أي لزم الألف الكفيل لأنَّ الثابت بالبينة كالثابت عياناً ولا يكون قول الطالب: حجة عليه كما لا يكون حجة على الأصيل لأنَّه مدع **(وإن لم يبرهن)** الطالب **(صدق الكفيل فيما أقر به مع يمينه)** أي فالقول للكفيل فيما يقر به مع يمينه على نفي العلم لا على البتات كما في الإيضاح **(و)** صدق **(الأصل في إقراره بأكثر)** مما أقر به الكفيل **(على نفسه خاصة)** لا على الكفيل لأنَّه إقرار على الغير وقيد بماله عليه لأنَّه لو كفل بما ذاب أي حصل لك على فلان أو بما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل.

أما لو أبى الأصل اليمين فالزمه القاضي فلم يلزم الكفيل لأنَّ النكول ليس بإقراره كما في

. . . .

(قلت): وظاهره ترجيح الأول وظاهر التنوير وغيره ترجيح الثاني فتبطل الكفالة، ولا يلزم المال فهي وإنْ لم تبطل بالشروط الفاسدة لكنَّها تبطل بالشروط الغير المتعارفة فبطلانها هنا ليس لفساد الشرط، بل لعدم التعارف، والملائمة، وذلك لأنَّها تبرع ابتداء كوصية معاوضة انتهاء كبيع فقلنا بالشبهين، وأما مع الأجل الغير الملائم فتصح حالة ويبطل الأجل كما في نسخ الكنز الصحيحة وعليه يحمل قول المصنف تبعاً للهداية وغيرها. **(وكذا إن جعل أحدهما أجلاً فتصح الكفالة)** حالاً ويبطل الأجل **(و)** حينئذ **(يجب المال حالاً)** وأجاب في العناية عن الهداية بأن المراد بالتعليق التأجيل على طريقة الاستخدام مجازاً بقرينة قوله: وبحب المال حالاً وهو أحسن من حمله على السهو وسنحققه **(وللطالب مطالبة أي شاء من كفيله وأصيله)** لما مر أنها الضم **(إلاّ إذا شرط براءة الأصيل فتكون حوالة كما أنَّ الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة)** إذ العبرة للمعنى لا للمبنى **(ولو طالب أحدهما له مطالبة الآخر)** لما مر بخلاف تضمين أحد الغاصبين إذ التضمين تمليك **(فإن كفل بماله عليه فـ)** إنْ **(برهن على ألف لزمه وإنْ لم يبرهن صدق الكفيل فيما أقر به مع يمينه والأصيل في إقراره بأكثر على نفسه خاصة)** كما مر **(فإن كفل بلا أمره لا يرجع عليه)** لأنَّه متبرع **(بما ادعى عنه وإن أجازها المكفول عنه)** أي بعد المجلس فلو فيه رجع كما في العمادية ويأتي وما يؤكده عن الخانية فتنبه، **(وإن كفل بأمره)** وقت العقد

لا يرجع عليه بما أدى عنه وإن أجازها المكفول عنه وإن كفل بأمره رجع ولكن يرجع على العبد عتقه فلا رجوع على الصبي مطلقاً ولا يطالبه قبل الأداء فإن لوزم فله ملازمته وإن حبس فله حبسه ويبرأ الكفيل بأداء الأصيل وإن أبرأ الطالب الأصيل أو آخر عنه

البحر، (**فإنْ كفل بلا أمره**) أي المكفول عنه (**لا يرجع**) الكفيل (**عليه**) أي على المكفول عنه (**بما أدى عنه**) لأنَّه متبرع بأدائه بغير رجوع خلافاً لمالك (**وإن**) وصلية (**أجازها**) أي الكفالة (**المكفول عنه**) بعدم العلم لأنَّ الكفالة لزمته، ونفذت عليه بغير أمر غير موجبة للرجوع، فلا تنقلب موجبة له هذا إذا أجاز بعد المجلس أما إذا أجاز في المجلس فإنَّها تصير موجبة للرجوع كما في العمادية (**وإن كفل بأمره رجع**) عليه بما أدى عنه لأنَّه قضي دينه بأمره معناه إذا أدى ما ضمن أما إذا أدى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيداً فأدى ردياً أو بالعكس فإنَّ رجوعه بما ضمن لا بما أدى لأنَّ ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنَّه يرجع بما أدى وتمامه في المنح، فليراجع، ومعنى الأمر أنْ يشمل كلامه على لفظه عني كان يقول: أكفل عني أو أضمن عني لفلان فلو قال: أضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء لجواز أن يكون القصد، ليرجع أو لطلب التبرع فلا يلزم المال كما في البحر، والمتبادر من الأمر أمر من يصح أمره شرعاً فلا رجوع على الصبي والعبد المحجورين إذا أدى كفيلهما بالأمر لعدم صحته منهما (**ولكن يرجع على العبد بعد عتقه فلا رجوع على الصبي مطلقاً ولا يطالبه**) أي لا يطالب كفيل أصيلاً بمال (**قبل الأداء**) إلى المكفول له لأنَّ الموجب للمطالبة هو التملك، ولا يملك قبل الأداء ويملكه بعده فيرجع (**فإن لوزم**) الكفيل من جهة الطالب (**فله**) أي للكفيل (**ملازمته**) أي ملازمة المكفول عنه حتى يخلصه وهو مقيد بما إذا كانت الكفالة بأمره (**وإن حبس**) الكفيل (**فله حبسه**) أي للكفيل أنْ يحبس المكفول عنه لأنَّ ما لحق كان لأجله فله أنْ يعامله بمثله هذا إذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله، وإلاَّ فلا يلازمه، ولا يحبسه كما في السراج (**ويبرأ الكفيل بأداء الأصيل**) لأنَّ براءة الأصيل توجب براءته لأنَّه ليس عليه دين

. . . .

بالكفالة بالمال ولو فاسدة، وهو ممن يصح أمره شرعاً، (**رجع**) الكفيل (**عليه**) أي الأصيل بما كفل جياداً كان أو زيوفاً فيرجع بما أدى إنْ أدى بما كفل وإلاَّ فيما كفل وإنْ أدى أردى لملكه الدين بالأداء فكان كالطالب، وكما لو ملكه بهبة أو إرث ذكره العيني، وغيره، ولا بد من قوله: عني أو على أنَّه علي وهو غير صبي وعبد محجور من ابن ملك وغيره. وفي القهستاني: والأمر شامل للرضى، فلو كفل بحضرتها بلا أمره فرضي المطلوب أو لا رجع ولو رضي الطالب لا لأنَّه تم العقد به فلم يتغير وعز اللخانية. (**قلت**): وحيلة الرجوع بلا أمر أنْ يهبه لطالب الدين ويؤكله بقبضه كما في الولوالجية فليحفظ (**ولا يطالبه قبل الأداء**) لأن تملكه بالأداء نعم للكفيل أخذ رهن من الأصيل قبل أدائه، كما في الخانية وإنما عبر بالأداء، لأنَّه لو دفع الكفيل إلى المكفول له بعد أداء الأصيل غير عالم به لم يرجع عليه كما في المنية (**فإن لوزم فله ملازمته**) ظاهره ولو امرأة لكن الأصح أنَّه يستأجر امرأة لتلازمها. ذكره القهستاني (**وإن حبس فله حبسه**) إلاَّ إذا كان كفيلاً عن أحد الأبوين والجدين فلا يحبسهم ذكره

بريء الكفيل وتأخر عنه وإن أبرأ الكفيل أو أخر عنه لا يبرأ الأصيل ولا يتأخر عنه فإن كفل بالدين الحال مؤجلاً إلى وقت يتأجل عن الأصيل أيضاً ولو صالح الكفيل عن ألف على مائة برئا ورجع بها فقط إن كفل بأمره وإن صالح عن الألف بجنس آخر رجع بالألف وإن صالح عن موجب الكفالة بريء هو دون الأصيل وإن قال الطالب: الكفيل

في الصحيح، وإنما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين كما ذكره الزيلعي للهداية، وظاهره أنَّ القائل بأنَّ الكفيل عليه دين لا يبرأ بأداء الأصيل، وليس كذلك، بل يبرأ إجماعاً لأنَّ تعدد الدين عند القائل به حكمي فيسقط بأداء واحد كما في البحر (**وإن أبرأ الطالب الأصيل**) وهو المطلوب (**أو آخر**) الطالب (**عنه**) أي الأصيل بأن أجل دينه (**بريء الكفيل**) في الصورة الأولى (**وتأخر**) الدين (**عنه**) أي عن الكفيل يعني يتأخر في حقه أيضاً لأنَّه ليس عليه إلاَّ المطالبة وهيَّ تبع للدين فتسقط بسقوطه، وتتأخر بتأخيره بخلاف ما إذا تكفل بشرط براءة الأصيل ابتداء حيث يبرأ الأصيل دون الكفيل، وفي السراج يشترط قبول الأصيل البراءة فإنْ ردها أردها ارتدت وهل يعود الدين على الكفيل فيه قولان وموت الأصيل كقبوله. وفي القنية براءة الأصيل إنما توجب براءة الكفيل إذا كانت بالأداء أو بالإبراء فإنْ كانت بالحلف فلا (**وإن أبرأ**) الطالب (**الكفيل أو أخر**) الدين (**عنه**) أي عن الكفيل (**لا يبرأ الأصيل ولا يتأخر عنه**) أي عن الأصيل إذ الأصيل فيه إنَّ الأصول لا تتبع الفروع في الوصف ولا يلزم عكس الموضوع (**فإن كفل بالدين الحال مؤجلاً إلى وقت**) أي إلى شهر مثلاً (**يتأجل عن الأصيل أيضاً**) لأنَّه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الأجل إلى الدين كما في التبيين (**ولو صالح الكفيل**) الطالب (**عن ألف على مائة برئا**) أي الأصيل والكفيل، لأنَّه أضاف الصلح إلى الألف الدين على الأصيل فيبرأ عن تسعمائة فبراءته توجب برائة الكفيل ثم برئا جميعاً عن المائة بأداء الكفيل (**ورجع**) الكفيل (**بها**) أي بالمائة (**فقط**) على الأصيل (**إنْ كفل بأمره**) إذ بالأداء يملك، ما في ذمة الأصيل فاستوجب

. . . .

القهستاني وإلاَّ إذا كان عليه دين مثله أو كفل بغير أمره فلا ملازمة، ولا حبس ولا رجوع إذا أدى ذكره في الخزانة (**يبرأ الكفيل بأداء الأصيل**) اجماعاً إلاَّ إذا برهن على أدائه قبل الكفالة فيبرأ فقط كما لو خلف (**وإن أبرأ الطالب الأصيل أو أخر عنه بريء الكفيل وتأخر عنه**) تبعاً للأصيل (**قلت**): والحاصل أنَّه يسري تحليله لا تحليفه (**وإن أبرأ الكفيل أو أخر عنه لا يبرأ الأصيل، ولا يتأخر عنه**) لعدم تبعية الأصل للفرع نعم لو تكفل بالحال مؤجلاً تأجل عنهما كما يأتي متناوفيه يشترط قبول الأصيل الإبراء والتأجيل لا الكفيل إلاَّ إذا وهبه أو تصدق عليه كما في الدرر، والغرر وغيرها، وفي القنية طالب الداين الكفيل فقال له: اصبر حتى يجيء الأصيل فقال: لا تعلق لي عليه إنما تعلقي عليك هل يبرأ أجاب، نعم وقيل: لا وهو المختار (**فإن كفل بالدين الحال مؤجلاً إلى وقت يتأجل الأصيل أيضاً**)، لأنَّ تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما (**ولو صالح الكفيل عن ألف على مائة برئا**) لما مر أنَّ البراءة تسري (**ورجع بها**) أي بالمائة (**فقط**) إنْ كفل بأمره كما مر (**وإن صالح عن الألف بجنس آخر رجع بالألف**) لأنَّه مبادلة لا إبراء

بالأمر برئت إليَّ من المال رجع على أصيله وكذا في برئت عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وفي أبرأتك لا يرجع وإن كان الطالب حاضراً يرجع إليه في البيان في الكل ولا يصح

الرجوع بخلاف الإبراء لأنَّ بالإبراء يسقط الدين، فلا يملكه الكفيل فلا يرجع (**وإن صالح**) الكفيل الطالب (**عن الألف بجنس آخر**) كالثوب وغيره (**رجع**) الكفيل على الأصيل (**بالألف**) كله لأنَّ هذا الصلح يكون مبادلة فيصير الألف بمقابلة الثوب فيملك ما في ذمة الأصيل فيرجع بكله عليه، وتوضيحه أنَّ الألف في الأصل في ذمة الأصيل، ثم انتقل عنه وثبت في ذمة الكفيل حين أخذ الطالب منه فيصح تمليك الطالب الدين الألف من الكفيل، لكونه تمليك الدين ممن عليه الدين، وكذا يصح التمليك من الكفيل بالهبة إذا أذن له بالقبض فصار كأنَّه أخرجه عن الكفالة ووكله بالقبض فقبضة، ثم وهبه فيصير تمليك الدين ممن عليه الدين مع الكفيل مسلطاً على الدين في الجملة، (**وإن صالح**)الكفيل (**عن موجب الكفالة**) وهو المطالبة عن شيء بشرط إبراء الكفيل خاصة (**بريء هو**) أي الكفيل فقط (**دون الأصيل**) لأنَّ إبراء الكفيل عن الكفالة يصير فسخاً لكفالته لا إسقاطاً لأصل الدين (**وإن قال الطالب: الكفيل بالأمر برئت إليَّ من المال رجع**) الكفيل (**على أصيله**) لأنَّ البراءة التي ابتداؤها من المطلوب، وانتهاؤها إلى الطالب لا يكون إلاَّ بالإيفاء، فيرجع فصار كإقراره بالقبض منه أو الدفع إليه، وأستفيد منه براءة المطلوب للطالب لإقراره كالكفيل كما في المنح (**وكذا**) رجع **الكفيل** على أصيله (**في**) قول الطالب للكفيل (**برئت**) دون إلى (**عند أبي يوسف**) لأنَّه أقر برائة ابتداؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون الإبراء (**خلافاً لمحمد**) لأنَّ البراءة تكون بالأداء والإبراء فيثبت الأدنى وهو الإبراء ولا يرجع الكفيل بالشك (**وفي**) قول الطالب للكفيل: (**أبرأتك لا يرجع**) الكفيل إلى الأصيل لأنَّه إبراء لا ينتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلا يكون إقراراً بالإيفاء قيل جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب غائباً (**وإن كان الطالب حاضراً يرجع إليه في البيان في الكل**) لأنَّه هو المجمل حتى في برأت إلى الاحتمال إني أبرأتك مجازاً وإن كان بعيداً في الاستعمال كما في النهاية قيد بقوله: برأت لأنه لو كتبت في الصك بريء **الكفيل** من الدراهم التي كفل بها كان إقراراً بالقبض عندهم

. . . .

(**وإن صالح**) الكفيل (**عن موجب الكفالة**) من مطالبته (**بريء هو دون الأصيل**) لأنَّه لم يبرأ إلاَّ الكفيل (**وإن قال الطالب للكفيل: بالأمر برئت إلى من المال رجع**) الكفيل (**على أصيله**) لإقراره بالقبض ومفاده براءة المطلوب للطالب لإقراره كالكفيل (**وكذا**) أي رجع (**في قوله برئت**) بلا إلى (**عند أبي يوسف خلافاً لمحمد**) وصنيع المصنف ترجيح الأول واختاره في الهداية وغيرها وهو أقرب الاحتمالين، قيل: وقول الإمام: فكان أولى وأجمعوا أنَّه لو كتب في الصك كان إقراراً بالقبض عملاً بالعرف (**وفي برأتك**) فقط (**لا يرجع**) إتفاقاً، وهذا كله مع غيبة الطالب (**وإنْ كان الطالب حاضراً يرجع إليه في البيان**) لمراده (**في الكل**) اتفاقاً لأنَّه المجمل ومثل الكفالة الحوالة (**ولا يصح**) وبطل كما في التنوير وغيره، (**تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط**) الغير الملائم على ما اختاره في الفتح والمعراج، وأقره في المنح هنا، وفي

تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط كسائر البراءات والمختار الصحة ولا تجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه من الكفيل كالحدود والقصاص ولا بالأعيان المضمونة بغيرها كالبيع

جميعاً كقوله: برأت إليَّ بقبضة العرف فإنَّ العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء وإن حصلت بالإبراء لا يثبت الصك عليه فجعلت الكتابة إقراراً بالقبض عرفاً ولا عرف عند الإبراء كما في الفتح **(ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة)** بالمال **(بالشرط)** مثل إذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة بالمال فجاء غدٍ لا يبرأ عنها إذ شرطه باطل، وكفالته جائز **(كسائر البراآت)** لأنَّ في الإبراء معنى التمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط لكونه قماراً هذا ظاهر على قول من يقول: بثبوت الدين على الكفيل، وعلى قول غيره: إنَّ تمليك المطالبة كتمليك الدين لأنَّها وسيلةٌ إليه.

وكذا لا يجوز تعليق براءة الأصيل لأنَّ معنى التمليك فيه ظاهر إذ المال واجب عليه بخلاف تعليق البراءة عن الكفالة بالنفس إذ ليس فيه معنى التمليك لأنَّه مجرد إسقاط ويروى أنَّه يصح لأنَّه عليه المطالبة دون الدين في الصحيح وكان إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يرتد إبراء الكفيل بالرد بخلاف الأصيل كما في الهداية، وعن هذا قال: **(والمختار الصحة)** أي صحة تعليق البراءة عن الكفالة قيل: المراد الشرط بالشرط المحض الذي لا منفعة للطالب فيه أصلاً كدخول الدار ومجيء الغد لأنَّه غير متعارف، أما إذا كان متعارفاً فإنَّه يجوز كما في تعليق الكفالة، لما في الإيضاح الكفيل بالمال والنفس، لو قال: إن وافيتك غداً فأنا بريء من المال فوافاه غداً يبرأ من المال، فقد جوزوا تعليق البراءة عن الكفالة بالمال وكذا إذا علق البراءة باستيفاء البعض يجوز أو علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض يجوز كما في مبسوط شيخ الإسلام فعلم أنَّ فيه اختلاف الروايتين فرواية عدم الجواز محمول على ما إذا كان الشرط غير متعارف، ورواية الجواز محمول على ما إذا كان متعارفاً كما في البحر **(ولا تجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه)** أي لا يمكن استيفاؤه شرعاً **(من الكفيل كالحدود والقصاص)** مطلقاً بالإجماع

. . . .

المتفرقات لكن جزم في متنه تنوير الأبصار بالإطلاق، وفي النهر وظاهر الزيلعي وغيره ترجيح الإطلاق **(كسائر البراآت)** أي مثل تعليق باق البراءات عما يتعلق به فيبطل لو قال: إذا جاء زيد فأنا بريء من ثمن هذا المبيع أو من مهر كذا، وغيره ويروى أنَّه يصح لأنَّه إسقاط محض كالطلاق، لكن قال المصنف: **(والمختار الصحة)** وأطلق ذلك ويمكن حمله على ما اختاره في الفتح كما مر فيحمل على ما إذا كان التعليق بشرط ملائم متعارف. وفي القهستاني عن العمادية أنَّ التعليق بشرط كائن صحيح كما إذا أعطى مديون لعامل دائن كذا من دينه فقال الدائن: إنْ أعطيته فقد أبرأتك عنه، وقد أعطا صحت البراءة وقيد بكفالة المال لأنَّ في كفالة النفس تفصيلاً مبسوطاً في الخانية، وفي المحيط لو كفل بنفس رجل على أنَّه متى رأى الطالب بنفسه فأنا بريء منها، كان جائزاً لأنَّه ملائم متعارف بخلاف غير المتعارف كدخول الدار **(ولا تجوز الكفالة)** أي لا يجبر عليها **(بما تعذر استيفاؤه من الكفيل كالحدود والقصاص)** لأنَّ

والمرهون ولا بالأمانات كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولا بدين غير صحيح كبدل الكتابة حر كفل به أو عبد وكذا بدل السعاية عند الإمام ولا بالحمل على دابة معينة أو بخدمة عبد معين مستأجر للخدمة لعجز الكفل عن تسليم

لعدم إمكان إيجابهما على من تكفل لعدم جريان النيابة في العقوبة بخلاف الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص كما مر فعلى هذا لا يلزم الاستدراك بما مر كما قيل **(ولا)** تجوز الكفالة **(بالأعيان المضمونة بغيرها كالبيع)** في البيع الصحيح بعينه قبل القبض **(والمرهون)** بعد القبض **(ولا)** تجوز الكفالة **(بالأمانات كالوديعة والمستعار والمستأجر)** بفتح الجيم **(ومال المضاربة والشركة)** لأنَّ من شرط صحة الكفالة أنْ يكون المكفول به مضموناً على الأصيل بحيث لا يمكنه أنْ يخرج عنه إلاَّ بدفعه أو دفع بدله ليتحقق معنى الضم فيجب على لكفيل تسلم العين ما دام قائماً، وتسليم قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره، والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه.

وإنما هو مضمون بالثمن ألا يرى أنَّه لو هلك لا يجب عليه شيء بل ينفسخ البيع، وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وإنما يسقط دينه إذا هلك، فلا يمكن إيجاب الضمان على الكفيل، وهو ليس بواجب على الأصل، وكذا الأمانات ليست بمضمون على الأصيل لا عينها، وتسليمها فلا يمكن جمعها مضمونة على لكفيل فلا تصح الكفالة بها **(ولا)** تجوز الكفالة **(بدين غير صحيح كبدل الكتابة)** لأنَّه في معرض الزوال فلا يكون ديناً صحيحاً **(حر كفل به)** أي بالدين **(أو عبد)** وإنما قال: هذا لدفع توهم إنَّ كفالة العبد به ينبغي أنْ تصح لأنَّه يجوز ثبوت هذا الدين عليه لأنَّ العبد محل الكتابة فخصه **(وكذا بدل السعاية عند الإمام)** لأنَّ المستسعى كالمكاتب عنده فلا تصح الكفالة ببدلها وعندهما تصح لأنَّ المستسعى حر مديون عندهما، **(ولا)** تجوز الكفالة **(بالحمل على دابة معينة)** مستأجرة للحمل **(أو بخدمة عبد معين**

. . . .

النيابة لا تجري في العقوبة، وهو مستدرك بما مر فتدبر **(ولا)** تجوز **(بالأعيان المضمونة بغيرها)** وذلك **(كالبيع)** لأنَّه ينفسخ بالهلاك والمراد به البيع الصحيح.

أما الفاسد فمن الأعيان المضمونة بنفسها كما يأتي **(والمرهون)** لأنَّه لا رجوع بهلاكه لكن في الاختيار الأصح صحتها فيهما **(ولا بالأمانات)**، ولو واجبة التسليم خلافاً للتحفة **(كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة)** لأنها غير مضمونة نعم تصح بتسليمها وإحضارها فليحفظ **(ولا)** تجوز أيضاً **(بدين غير صحيح كبدل الكتابة حر كفل به أو عبد)** لسقوطه بالتعجيز لكن في النظم أنها تصح ببدل الكتابة. ذكره القهستاني **(وكذا)** لا تجوز أيضاً **(بدل السعاية عند الإمام)** كما في البزازية، وشروح المجمع وغيرها، وكأنه الحق ببدل الكتابة وإلاَّ فهو لا يسقط لأنَّه لا يقبل التعجيز. **(قلت)**: فيلغز أي دين صحيح ولا تصح الكفالة به، ولنا دين ضعيف وتصح به وهو النفقة المقررة مع سقوطها

الحمل على دابة معينة لأنها ملك الغير ولو حمل دابة أخرى لا يستحق الأجر إذ لو حمل الموجر على الدابة الغير المعينة لا يستحق الأجر فيثبت العجز في هذه الصورة بالضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف غير المعين ولا عن ميت مفلس خلافاً لهما ولا بلاقبول الطالب في المجلس. وقال أبو يوسف تجوز مع غيبته إذا بلغه فأجاز فإنْ قال المريض:

مستأجر للخدمة لعجز، الكفل عن تسليم الحمل على دابة معينة لأنها ملك الغير ولو حمل دابة أخرى لا يستحق الأجر إذ لو حمل المؤجر على الدابة الغير المعينة لا يستحق الأجر، فيثبت العجز في هذه الصورة بالضرورة وكذا العبد للخدمة (بخلاف غير المعين) لعدم العجز عن تسليم الحمل إذ يمكنه الحمل على أي دابة كانت، لأنَّ المستحق هو الحمل لا الغير، والغرض هو الأجر، **(ولا)** تجوز الكفالة **(عن ميت مفلس)** يعني إذا مات من عليه دين، ولم يترك شيئاً، فكفل عنه للغرماء رجل لم تصح عند الإمام، لأنَّه كفل بدين ساقط في حق أحكام الدنيا بالضرورة إذ لم يترك مالاً ولا كفيلاً به، والكفالة بالساقط لا تجوز، وجوازالتبرع محمول على أنَّ الدين باقٍ في حق الداين **(خلافاً لهما)** فإنَّ عندهما تجوز الكفالة لأنَّ الدين لما كان ثابتاً في حياته لا يسقط إلاّ بالأداء أو بالإبراء، ولم يوجد شيء منهما فبقيَّ عليه.

وكذا يطالب به في الآخرة حتى من تبرع بقضائه يجوز لما رويَّ أنَّه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الأنصار فسأل، هل عليه دين؟ قالوا: نعم درهمان أو دينار، فامتنع من الصلاة، فقال: صلوا على أخيكم، فقام أبو قتادة فقال: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه **(ولا)** تجوز الكفالة **(بلا قبول الطالب في المجلس)**، أي في مجلس عقد الكفالة سواء كفل بالنفس أو المال عند الطرفين، **(وقال أبو يوسف: تجوز مع غيبته)** أي غيبة الطالب، **(إذا بلغه)** خبر الكفالة **(فأجاز)** كسائر تصرفات الفضولي وفي بعض نسخ المبسوط لم يشترط الإجازة،

. . . .

بموت وطلاق كما أفاده في الأشباه وكأنهم أخذوا فيها بالاستحسان للحاجة لا بالقياس واستشكل القهستاني دين الميت المفلس فإنَّه صحيح، ولا تصح الكفالة به كما يأتي أنَّه قد يسقط بالموت، قال: فالأحسن أن يزاد أي في تعريف الدين الصحيح أو بالموت انتهى، وفيه كلام لدخول النفقة فلا يتم المرام، وقد علمت أنَّ الإبراء يعم الحكمي فيدخل فيه كما لا يخفى على ذوي الأفهام فليفهم **(ولا بالحمل على دابة)** مستأجرة **(معينة)** وقيد بقوله: معينة لأنَّ غير المعينة تصح الكفالة بالحمل كما تصح الكفالة بتسليم الدابة مطلقاً معينة أو لا فلا تخالفه أصلاً كما ظنه الشارح، ومفاده صحة إجارة الدابة الغير المعينة، وهو الأصح كما في المحيط وغير **(أو)** تكفل **(بخدمة عبد معين بخلاف غير المعين فيهما)** كما ذكرنا فتنبه **(ولا)** تجوز بدين ساقط ولو من وارث **(عن ميت مفلس)** عند أبي حنيفة إلاَّ إذا كان به كَفيل أو رهن أو ظهر له مال فتصح بقدره أو لحقه دين بعد موته فتصح الكفالة به، **(خلافاً لهما)**، فصححاها مطلقاً وبه قالت الثلاثة: ولو تبرع به أحد صح إجماعاً **(ولا)** تجوز أيضاً **(بلا قبول الطالب)** للكفالة **(في المجلس)** أي مجلس عقدها بنفسه أو نائبه ولو فضولياً سواء كفل بنفس أو مال وأفاد أنَّه لو

لوارثه تكفل عنى بما عليَّ فكفل مع غيبة الغرماء جاز اتفاقاً ولو قاله لأجنبي اختلف فيه المشايخ وتجوز بالأعيان المضمونة بنفسها كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والمبيع فاسداً وبتسليم المبيع إلى المشتري والمرهون إلى الراهن والمستأجَر إلى المستأجر وبالثمن .

وهو الأظهر عنه لأنَّه تصرف التزام فيستبد به الملتزم، ولهما أنَّ فيه معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً. والموجود شطره، فلا يتوقف على ما وراء المجلس إلاَّ أنْ يقبل عن الطالب فضولي فإنَّه تصح وتتوقف على إجازته، وللكفيل أنْ يخرج نفسه عنها قبل إجازته كما في الحقائق وغيره، وبه علم أنَّ قبول الطالب بخصوصه إنما هو شرط النفاذ.

وأما أصل القبول في مجلس الإيجاب فشرط الصحة، فعلى هذا أنَّ المصنف لو ترك قوله الطالب لكان أولى، كما في الإصلاح، وفي الدرر الفتوى على القول الثاني كما في تلخيص الجامع الكبير والبزازية، لكن في أنفع الوسائل الفتوى على قولهما، وفي تصحيح الشيخ قاسم، والمختار قولهما، عند المحبوبي والنسفي وغيرهما ولهذا قدمه المصنف تدبر قيد بالإنشاء لأنَّه لو أخبر عن الكفالة حال غيبة الطالب تجوز اجماعاً، **(فإنْ قال المريض لوارثه: تكفل عني بما عليَّ فكفل)** الوارث **(مع غيبة الغرماء جاز اتفاقاً)**، وإنْ كان القياس أنْ لا تجوز لأنَّ الطالب غائب، ولا يتم الضمام إلاَّ بقوله، وجه الاستحسان أنَّ ذلك وصية في الحقيقة، ولهذا تصح وإنْ لم يسم المكفول لهم، ولهذا قالوا: إنما تصح إذا كان له مال أو يقال أنَّه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً لذمته، وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه وإنما تصح بهذا اللفظ، ولا يشترط القبول لأنَّه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة، **(ولو قاله)**: أي المريض هذا القول **(لأجنبي اختلف فيه المشائخ)** فمنهم من قال: بالجواز تنزيلاً للمريض منزلة الطالب، ومنهم من قال بعدمه لأنَّ الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام، وكان المريض والصحيح سواء والأول أوجه كما في الفتح وتمامه، وفي البحر فليطالع، **(وتجوز)** الكفالة **(بالأعيان المضمونة بنفسها)** عندنا خلافاً للشافعي في قول: في الأعيان، لكن المناسب للمصنف أنْ يذكره عقيب قوله، ولا تجوز بالأعيان المضمونة بغيرها **(كالمقبوض على سوم الشراء)** أي على طلبه بعد تسمية الثمن لأنَّه مضمون عليه حتى إذا هلك عنده يجب الضمان عليه إذ القيمة تقوم مقامه فأمكن إيجابه على الكفيل **(والمغصوب)** لأنَّه مضمون بعينه

. . . .

وجد الخطاب أو القبول من المطلوب أو قال أجنبي: كفلت لفلان عن فلان فبلغ الطالب، فقيل: لم يصح عندهما كما في المحيط وإلى أنَّه لو كفل والمكفول عنه غائب وأجاز الطالب صح الكفالة كما في الخانية **(وقال أبو يوسف تجوز)** موقوفاً **(مع غيبته)** أي الطالب **(إذا بلغه فأجاز)**، وبه يفتي كما في الدرر والبزازية والبحر وغيرها، وبه قالت الثلاثة: لكن نقل في المنح عن الطرسوسي أن الفتوى على قولهما: واختاره الشيخ قاسم وعليه صنيع المصنف **(فإنْ قال المريض لوارثه تكفل عليَّ بما علي فكفل به مع غيبة الغرماء)** أي بلا قبول الطالب **(جاز اتفاقاً)** استحساناً لأنَّها وصية **(ولو قاله لأجنبي)** فكفل لم يصح ورجحه في الفتح، فلذا قال: **(اختلف فيه المشائخ)** من غير ترجيح لقوة الإختلاف عنده فتنبه

فصل

ولو دفع الأصيل المال إلى كفيله قبل دفع الكفيل إلى الطالب لا يسترده منه وما ربح فيه الكفيل فله ولا يتصدق به ورده إلى المطلوب أحب أنْ كان المدفوع

فإنْ كان المضمون عيناً قائماً فيلزم الضامن إحضارها وتسليما وقيمتها إنْ هلكت، وإن كان المضمون مستهلكاً فالمضمون قيمته **(والمبيع)** بيعاً **(فاسداً)** لأنَّ المقبوض في البيع الفاسد مضمون عليه حتى إذا هلك تجب عليه قيمته **(و)** تجوز الكفالة **(بتسليم المبيع إلى المشتري والمرهون إلى الراهن والمستأجَر)** بفتح الجيم **(إلى المستأجِر)** بكسر الجيم، لأنَّ تسليم العين واجب على الأصل فأمكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس، لأنَّه ما دام قائماً يجب عليه تسليمه وإنْ هلك يبرأ، وقيل: إنْ كان تسليمه واجباً على الأصيل كالعارية جازت الكفالة بتسليمه وإنْ كان غير واجب على الأصيل كالوديعة، ومال المضاربة والشركة، لا تجوز الكفالة بتسليمه كما في التبيين **(و)** تجوز الكفالة **(بالثمن)** لأنَّه دين صحيح مضمون على المشتري كسائر الديون.

فصـــل

(ولو دفع الأصيل المال إلى كفيله) ليدفعه إلى الطالب **(قبل دفع الكفيل إلى الطالب لا يسترده)** أي لا يسترد الأصيل المال المدفوع **(منه)** أي من الكفيل لأنَّه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين، فلا يجوز المطالبة ما بقيَّ هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ورفعها إلى الساعي.

وإنما ينقطع هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه فإذا أدى بنفسه يسترد من الكفيل ما أخذه، ولأنَّه ملكه بالقبض وإطلاقه شامل ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال: خذ هذا

. . . .

(وتجوز) الكفالة **(بالأعيان المضمونة بنفسها)** واجبة التسليم أولاً **(وذلك كالمقبوض على سوم الشراء و)** كذا **(المغصوب و)** كذا **(المبيع فاسداً وكذا بتسليم المبيع إلى المشتري والمرهون إلى الراهن والمستأجر إلى المستأجر وبالثمن)** وبدل الصلح عن دم وخلع ومهر. **(قلت)**: والأصل أنَّها تصح بالأعيان المضمونة بنفسها لا بغيرها وبالأمانات ومنها المقبوض على شوم الشراء إذا لم يسم ثمناً كما مر فتنبه وأفتيت بأنَّ ضمان الدلال، والسمسار الثمن باطل أخذاً من قولهم: لا يصح ضمان الوكيل فليراجع.

فصـــل

(ولو دفع الأصيل المال إلى كفيله) بأمره **(قبل دفع الكفيل إلى الطالب لا يسترده منه)** كمن عجل أداء الزكاة **(وما ربح فيه الكفيل فله ولا يتصدق به)** لأنَّه نماء ملكه حيث قبضه على وجه الاقتضاء فلو على وجه الرسالة فلا لتمحضه أمانة خلافاً لأبي يوسف **(ورده)** أي الربح **(إلى المطلوب أحب أنْ)** قضى

شيئاً يتعين كالبر خلافاً لهما ولو أمر الأصيل كفيله أنْ يعين عليه ثوباً ففعل

المال، وأعط الطالب فلا يسترد، لكنَّه لا يملكه بالقبض لتمحضه أمانةً في يده وإنْ دفعه على وجه الاقتضاء بأنْ قال له: إني لا آمن أنْ يأخذ الطالب حقه منه فأنا أقضيك المال قبل أنْ تؤديه لم يكن رسالة، والفرق بيهما.

إنما هو من جهة الملك المدفوع للقابض وعدمه وأما ما قاله الفاضل المعروف بابن الشيخ في شرح الوقاية من أنَّه لو دفع على وجه الرسالة فله أنْ يسترد لأنَّه محض أمانة في يده مخالف لأكثر المعتبرات كما لا يخفى تدبر وأشار إلى أنَّ بالكفالة صار للكفيل على الأصيل دين لو كفل بأمره، ولذا لو أخذ الكفيل منه رهناً قيل إنْ يؤدي عنه جاز ولو أبرأه الكفيل أو وهبه قبل الأداء عنه صح حتى لو أدى عنه لم يرجع فثبت أنَّ له ديناً عليه لكن لا رجوع له قبل الأداء كما في البحر **(وما ربح فيه الكفيل فله)** أي للكفيل يعني أنَّ الربح الذي حصل في هذا المال بمعاملة الكفيل حلال طيب له **(ولا يتصدق به)** لما ذكر أنَّه حصل على ملكه، ولا فرق بين أنْ يكون قضى الدين هو أو قضى الأصيل كما في البحر، وهو مقيد بما إذا قبضه على وجه الإقتضاء.

وأما إذا قبضه على وجه الرسالة فإنَّه لا ملك له، فلا يطيب له الربح على قولهما، وعند أبي يوسف يطيب له **(ورده)** أي رد الربح **(إلى المطلوب أحب إنْ كان المدفوع شيئاً يتعين كالبر)**، يعني إذا كانت الكفالة بكر بر فقبضه الكفيل من المكفول عنه وباعه وربح فيه، فالربح للكفيل لكن يستحب له أنْ يرده على المكفول عنه، ولا يجبر عليه عند الإمام في رواية الجامع الصغير، وهذا إذا قضى الأصيل الدين **(خلافاً لهما)** أي قالا هو له ولا يرده، وهو رواية عن الإمام وعنه أنَّه يتصدق به قيد بما يتعين لأنَّ ربح ما لا يتعين لا يستحب رده على المطلوب، وهل يطيب للأصيل إذا رده الكفيل عليه قال في العناية: إنْ كان الأصيل فقيراً طاب له وإنْ كان غنياً ففيه روايتان، والأشبه أنْ يطيب لأنَّه إنما يراد عليه على أنَّه حقه **(ولو أمر الأصيل كفيله أنْ**

. . . .

الدين بنفسه كما في الدرر وغيرها و **(كان المدفوع شيئاً يتعين(** بالتعين **(كالبر)** لا فيما لا يتعين كالنقود فلا يندب ولو رده هل يطيب للمطلوب الأشبه نعم ولو غنيا كما في العناية **(خلافاً لهما)** فعندهما هو له فلا يرده وعنه يتصدق به والأول أصح **(ولو أمر الأصيل كفيله أن يتعين عليه ثوباً)** هذا يسمى بيع العينة أي بيع العين بربح نسيئة ليبيعها المستقرض بأقل ليقضي دينه اخترعه أكلة الربا وهو مكروه ومذموم شرعاً لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض. **(قلت)**: وقد ذمهم رسول الله ﷺ فقال: «إذا تبايعتم بالعين واتبعتم إذ ناب البقر ذللتم فظهر عليكم عدوكم»[1]، وقيل: وإياكم والعينة فإنَّها لعينة وأشد من

---

(١) أخرجه أبو داود (بيوع، ٥٤)، ملاحم، ١٠)، وأحمد بن حنبل (٢، ٤٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ٢٠٥.

فالثوب للكفيل والربح عليه، ومن كفل لآخر ما ذاب له على غريمه أو بما قضيَ له به عليه فغاب الغريم، فبرهن الطالب على الكفيل بأنَّ له على الغريم ألفاً لا يقبل ولو برهن

يعين عليه) أي يشتري (ثوباً) بطريق العينة بكسر العين (ففعل) الكفيل (فالثوب للكفيل والربح) الذي حصل للبائع يكون (عليه) أي الكفيل لا الآمر بيانه أنْ الأصيل أمر الكفيل بأن يشتري له ثوباً بأكثر من القيمة ليقضي به دينه بطريق العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيأبى عنه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً نسيئة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة، ويتحمل خمسة سميَّ به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل، ثم قيل: هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله: علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل: هو توكيل فاسد لأنَّ المبيع غير متعين.

وكذا الثمن غير معين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان، فالمشتري للمشتري وهو الكفيل، والربح أي الزيادة عليه لأنَّه العاقد كما في الهداية، وفي العناية ومن الناس من صور للعينية صورة أخرى وهو أنْ يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثاً في الصورة التي ذكرها صاحب الهداية فيبيع صاحب الثوب باثني عشرة من المستقرض، ثم أنّ المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة، ويسلم الثوب إليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة، ويدفعه إلى المستقرض فيندفع حاجته.

وإنما توسطا بثالث احترازاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله عليه الصلاة والسلام بذلك فقال: «إذا تبايعتهم بالعين واتبعتم إذ ناب البقر ذللتم وظفر عليكم عدوكم»[1] وقيل: وإياك والعينة فإنها لعينة، انتهى لكن هذا مخالف لما في الخيانة حيث قال: بعد تصويرها بقوله: رجل له على رجل عشرة دراهم، فأراد أنّي جعلها ثلاثة عشر إلى أجل، قالوا: يشتري من

. . . .

بيع العينة البياعات الكائنة الآن كبيع العسل، والزيت ونحوها بالظرف، ثم إسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسداً ولا شك أنَّه بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته فإنَّ أبا يوسف لم يكرهه لأنَّه فعله كثير من الصحابة كما في الشرنبلالية عن الفتح (ففعل) الكفيل ذلك (فالثوب) يكون (للكفيل و) زيادة (الربح عليه) لأنَّه العاقد، ولا شيء على الآمر لأنَّه أما ضمان الخسران أو توكيل بمجهول وذلك باطل (ومن كفل لآخر بما ذاب) أي وجب وتقرر وهذا ماضٍ أريد به المستقبل كقوله: أطال الله بقاك (له على غريمه أو بما قضى له به عليه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل بأن له على الغريم ألفاً) مثلاً (لا يقبل) برهانه حتى يحضر الغائب فقضى عليه فيلزمه

---

(١) أخرجه أبو داود (بيوع، ٥٤) (ملاحم: ١٠)، وأحمد بن حنبل (٢/ ٤٢) المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ٢٠٥.

أن له على زيد ألفاً وهذا كفيله بأمره قضيَ به عليهما ولو علا أمره قضيَ على الكفيل فقط

المديون شيئاً بتلك العشرة فيقبض، ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر إلى سنة فيقع التحرز عن الحرام، ومثل هذا مروي عن رسول الله عليه الصلاة والسلام ثم قال بعد تعداد الصور الآخر: «وهذه الحيل هي العينة»، التي ذكرها محمد قال مشائخ بلخ: بيع العينة في زماننا خير من البيوع التي في أسواقنا انتهى لكن التحرز أولى، (**ومن كفل لآخر بما ذات له على غريمه أو بما قضى له به عليه فغاب الغريم، فبرهن الطالب على الكفيل بأنَّ له على الغريم ألفاً لا يقبل**) برهانه على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضي عليه لأنَّ المكفول به مال مقضي أو مال يقضي به لا غير لأنَّ ذاب بمعنى وجب، ولم يجب هنا للطالب على الغائب مال شرعاً، ولذا لو أقر الكفيل لا يلزمه المال لأنَّ بالإقرار لا يثبت الوصف المذكور، بل بالقضاء، وهو منتفٍ إذ لم يتعرض الطالب لقضاء القاضي بالمال في دعواه، ولا في إقامته حتى لو تعرض، وقال: قدمت المطلوب بعد الكفالة إلى الفلان القاضي وأقمت عليه بينة بألف وقضى لي عليه بذلك يقضي بألف على الكفيل وعلى الغائب حتى لو أقر الكفيل لزمه الألف في هذه الصورة، (**ولو برهن**) الطالب (**أنْ له على زيد**) الغائب (**ألفاً وهذا كفيله**) بهذا المال (**بأمره قضى به عليهما**) أي على الكفيل والأصيل ففي المسألة قيود معتبرة، الأول أنَّ الكفالة مقيدة بهذا المال، والثاني أنَّ هذا المال المكفول به غير مقيد بأنَّه قضى به على المكفول عنه بعد الكفالة بل هو مالٌ مطلق، وبهذا القدر تمتاز هذه المسألة عن المسألة السابقة إذ المكفول هنا مقيد بقضاء القاضي، والثالث أنَّ هذه الكفالة مقيدة بأنَّها بأمر الأصيل إذ الأمر يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه، وأما إذا لم يكن بأمره فهي لا تتضمن الإقرار بالقضاء على الكفيل لا يتضمن القضاء على الأصيل، وإلى هذا أشار بقوله: (**ولو علا أمره قضى على الكفيل فقط**) لا على الأصيل فليس للكفيل حق الرجوع على الأصيل بخلاف الكفالة بأمره، فإنَّ له حق الرجوع عليه بعد أداء المال خلافاً لزفر لأنَّه لما أنكر كان زعمه أنَّ هذا الحق غير ثابت بل المدعي ظالم، فلا يكون له أنْ يظلم غيره قلنا: الشرع كذبه فبطل زعمه، وفيه تنبيه على أنَّ القضاء على الغائب جائز إذا كان الإثبات على الحاضر متضمناً له فكم من شيءٍ يثبت ضمناً، ولا يثبت أصالة إذ التعدي إلى الغائب في ضمن القضاء بالأمر ضروري، وفي الكفالة قال مشائخنا: وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب، ثم قال: وكذا كل من ادعى على آخر حقاً لا يثبت عليه إلاَّ بالقضاء على الغائب كان

. . . .

تبعاً للغريم، وفي العمادية ما يخالفه فتنبه (**ولو برهن أنَّ له على زيد**) الغائب (**ألفاً وهذا كفيله بأمره قضى به عليهما**) فللكفيل الرجوع (**ولو**) برهن أنَّه كفيله لكن (**بلا أمره**) أي الغائب (**قضى على الكفيل فقط**) دون الغائب، والفرق أنَّ المكفول به هنا مال مطلق فأمكن إثباته بخلاف ما مر. (**قلت**): وهذه حيلة إثبات الدين على الغائب ولو خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقربها وينكر الدين فيبرهن المدعي على الدين فيقضي له على الكفيل والأصيل ثم يبرأ الكفيل

وضمان الدرك للمشتري عند البيع تسليم فتبطل دعوى الضامن المبيع بعد ذلك وكذا لو كتبت شهادته وختم على صك كتب فيه باع ملكه أو بيعاً باتاً بخلاف ما لو كتبها على إقرار العاقدين وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل وكذا ضمان المضارب الثمن

الحاضر خصماً عن الغائب (**وضمان الدرك للمشتري عند البيع تسليم**) أي تصديق من الكفيل بأنَّ المبيع ملك البائع (**فتبطل**) من الإبطال (**دعوى الضامن**) على المشتري (**البيع**) مفعول دعوى (**بعد ذلك**) لأنَّ هذا الضمان ترغيب للمشتري في الإبتياع، والترغيب بمنزلة الإقرار بملك البائع فلا تصح دعوى الملكية لنفسه بعد ذلك للتناقض حتى لا يسمع طلب الشفعة منه، وهو فرض صحة دعواه لرجع المشتري عليه بحكم الكفالة فلا يفيد، (**وكذا**) يكون تسليماً ولا تصح دعواه بعد هذا (**لو كتب شهادته**) على البيع (**وختم**) أي وضع خاتمه على عادة السلف (**على صك**) متعلق بكتب وختم على سبيل التنازع (**كتب فيه**) صفة صك (**باع ملكه أو**) باع (**بيعاً باتاً**) نافذاً إذ البيع على هذا الوجه لا يكون إلاَّ في ملكه فالدعوى لنفسه بعد الإقرار لغيره تناقض فلا تسمع وقلنا: على عادة السلف لأنَّهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفاً من التغيير والتزوير، والحكم لا يختلف بين أنْ يكون الصك مختوماً أو غير مختوم، وفي الفتح الختم أمر كان في زمانهم وليس هذا في زماننا قيد بقوله، باع ملكه أو بيعاً باتاً لأنَّه لو كتب شهادته في صك ببيع مطلق عن قيد الملكية، وكونه نافذاً لا يكون تسليماً بل تسمع بعده دعوى الملكية إذ ليس فيه ما يدل على إقراره بالملك للبائع لأنَّ البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم، فإنَّه مقيد بما ذكر كما في المنح (**بخلاف ما لو كتبها**) أي شهادته (**على إقرار العاقدين**) فإنَّه لا يكون تسليماً إذ لا يتعلق به حكم.

وإنما هو مجرد إخبار ولو أخبر أنّ فلاناً باع شيئاً كان له أنْ يدعيه (**وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل**) يعني إذا باع رجل لرجل ثوباً بأمره ثم ضمن الثمن عن المشتري للآمر لا يصح، (**وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال**) باطل يعني إذا باع المضارب مال المضاربة، ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لأنَّ الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه، إذ حقوق العقد ترجع إليهما فلا يفيد ضمانهما بخلاف من لا ترجع إليه الحقوق كالوكيل بالتزويج إنْ ضمن المهر، والمأمور ببيع الغنائم من قبل الإمام إنْ ضمن الثمن، والرسول بالبيع إنْ ضمن الثمن لأنَّ كل واحد منهم سفير ومعبر فيصح ضمانهم، وكذا

. . . .

فيبقى المال على الغائب. وكذا الحوالة، كذا حررته في شرح التنوير (**وضمان الدرك للمشتري عند البيع تسليم**) منه للبيع كالشفعة وحينئذ (**فتبطل دعوى الضامن**) للدرك (**المبيع بعد ذلك**) للتناقض (**وكذا**) تبطل دعواه (**لو كتبت شهادته وختم على صك كتب فيه باع ملكه أو**) باع (**بيعاً باتاً**) فإنَّه تسليم (**بخلاف ما لو كتبها**) أي الشهادة بيع مطلق أو (**على إقرار العاقدين**) لأنَّه مجرد إخبار فلا تناقض وذكر الختم وقع انفاقاً باعتبار عادتهم (**وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل أي فيما وكل بيعه**) لأنَّ حق

لرب المال، وضمان أحد الشريكين صفقة واحدة وصح لو بصفقتين وضمان الدرك والخراج والقسمة صحيح وكذا ضمان النوائب سواء كانت بحق ككرى النهر وأجرة

الوكيل بقبض الثمن إذا ضمن الثمن عن المشتري للموكل يصح (و) كذا (ضمان أحد الشريكين) حصة شريكه من ثمن ما باعاه (صفة واحدة) باطل يعني لو باع رجلان ثوباً من رجل صفقة واحدة، وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لأنَّه لو صح مع الشركة يصير ضامناً لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه لأدى إلى قسمة الدين قبل قبضه وذا باطل (وصح) ضمان أحد الشريكين (لو بصفقتين) لأنَّ الصفقة إذا تعددت فما يجب لكل منهما بعقدة يكون له خاصة ألا يرى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما ورد الآخر صح (وضمان الدرك) صحيح لأنَّه ضمان الثمن عند ورود الإستحقاق لأنَّه المفهوم فيما بين الناس، فكان المضمون معلوماً وهو قادر على الوفاء بما التزم فصح (و) ضمان (الخراج) صحيح لما مر أنَّه دين مطالب من جهة العباد بخلاف الزكاة، وفي البحر أطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة، وخصه بعضهم بالموظف، وهو ما يجب في الذمة ونفى صحة الضمان بخراج المقاسمة لأنَّه لم يكن ديناً في الذمة والرهن كالكفالة بجامع التوثيق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه كما ذكره الزيلعي وهو منقوض بالدرك فإنَّ الكفالة به جائزة دون الرهن، انتهى، لكنَّ التخصيص واجب بقرينة قوله أو رهن به فإنَّه لا يصح الرهن بخراج المقاسمة تأمل ولو اكتفى فيما سبق بقوله، وصح الرهن والكفالة بالخراج لكان أخصر تدبر (و) ضمان (القسمة صحيح) خبر لكل من ضمان الدرك والخراج والقسمة قيل: هي النوائب بعينها أو حصة منها فعلى هذا النوائب الآتية مستدرك تدبر، وقيل: هي النائبة الموظفة الراتبة الديوانية في كل شهر أو سنة والمراد بالنوائب غير راتب بل يلحقه أحياناً ويحتمل أنْ يقع ويحتمل أنْ لا يقع، وقيل: المراد بالقسمة أجرة القسام، وقال أبو جعفر: معناها إذا طلب أحد الشريكين القسمة من صاحبه فضمنها إنسان، صح لأنَّها واجبة عليه وقيل: معناها إذا اقتسما ثم منع أحدهما قسم الآخر كما في شرح التسهيل (وكذا ضمان النوائب)، وفي الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر، وفي اصطلاحهم قيل أرادوا بها ما يكون بحق، وقيل: المراد بها ما ليس بحق، وعن هذا قال: (سواء كانت بحق ككرى النهر) المشترك (وأجرة الحارس) والمال الموظف لتجهيز الجيش

. . . .

القبض له بالأصالة فيصير ضامناً لنفسه. (قلت): ومفاده أنَّ الوصي والناظر لا يصح ضمانها الثمن عن المشتري فيما باعاه لأنَّ القبض لهم، ولذا لو أبرأه عن الثمن صح وضمنا (وكذا) يبطل (ضمان المضارب الثمن لربِّ المال و) كذا يبطل (ضمان أحد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعاه صفقة واحدة) لما ذكرنا (وصح لو بصفقتين) لعدم الشركة (حينئذ وكما لو تبرع به وضمان الدرك والخراج) اللازم الذمة (و) أجرة (القسمة صحيح) للنوائب وغيرها كقسمة قيمي بين شريكين يطلب أحدهما وإنْ امتنع الآخر عنه ذكره القهستاني (وكذا) صح (ضمان النوائب) جمع نائبة وهي الحادثة، وشرعاً ما يضربه السلطان على الرعية لمصلحتهم (سواء كانت بحق ككرى النهر وأجرة الحارس) وحفظ الطريق

الحارس أو بغير حق كالجبايات وضمان العهدة باطل وكذا ضمان الخلاص خلافاً لهما ولو قال الكفيل: ضمنته إلى شهر وقال الطالب: بل حالاً فالقول للكفيل: وفي الإقرار للمقر له ولا يؤخذ ضامن الدرك أن استحق المبيع ما لم يقض بثمنه على بائعه.

وفداء الأسرى فإنَّ الكفالة بها جائزة بالإتفاق لأنَّه كفل بما هو مضمون على الأصيل **(أو بغير حق كالجبايات)** التي في زماننا تأخذها الظلمة بغير حق، ففي جوازها إختلاف المشائخ، فقال بعضهم: لا تجوز الكفالة منهم صدر الإسلام البزدوي لأنَّها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة أو الدين، وهنا لا مطالبة ولا دين شرعيين، فلم يتحقق معناها. وقال بعضهم: تجوز منهم فخر الإسلام علي البزدوي لأنَّها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها، والعبرة للمطالبة لأنَّها شرعت لالتزامها، فالمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية، ولذا قلنا: من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالعدل يؤجر وإنْ كان الآخذ بالآخذ ظالماً، وقلنا من قضى نائبة عن غيره بأمره رجع عليه وإنْ لم يشترط الرجوع، وهو الصحيح، كمن قضى دين غيره بأمره، كما في البحر وفي الإصلاح والفتوى على لصحة فإنَّها كالديون الصحيحة حتى لو أخذت من الآكار فله الرجوع على مالك الأرض، وهو اختيار المصنف **(وضمان العهدة باطل)** لاشتباه المراد بها لإطلاقها على لصك القديم، وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فتبطل للجهالة **(وكذا ضمان الخلاص)** باطل عند الإمام **(خلافاً لهما)** أي قالا هي صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع إنْ قدر عليه ورد الثمن إنْ لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك في المعنى، والإمام فسرها بتخليص المبيع لا محالة، ولا قدرة عليه لأنَّ المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لإمكان الوفاء به، وهو تسليمه إنْ أجاز المستحق أو رده إنْ لم يجز والخلاف راجع إلى التفسير كما في البحر، والخلاف لفظي فقط تدبر **(ولو قال الكفيل: ضمنته إلى شهر وقال الطالب: بل)** ضمنته **(حالاً فالقول للكفيل: وفي الإقرار)** يعني من قال لآخر: لك علي مائة إلى شهر فقال المقر له: هي حالة فالقول **(للمقر له)** والفرق أنَّ الكفيل لم يقر بالدين، فلا دين عليه في الصحيح بل أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر، والطالب يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر، فالقول له، والمقر أقرَّ بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه هو تأخير المطالبة إلى شهر فلا يقبل قوله بلا بينة، وقال الشافعي: القول للمقر في الفصلين.

. . . .

وأبواب السكك **(أو بغير حق كالجبايات)** في زماننا وعليه الفتوى وقيل: إنه يعلم ولا يفتي به **(وضمان العهدة باطل)** لاشتباه المراد بها **(وكذا ضمان الخلاص)** أي تخليص مبيع يستحق بعجزه عنه نعم لو ضم تخليصه ولو بشراء إنْ قدر والإيراد الثمن كان كالدرك ذكره العيني وغيره، وهو مرادهما كما أفاده بقوله: **(خلافاً لهما)** فتنبه، فالخلاف لفظي فتأمل **(ولو قال الكفيل: ضمنته إلى شهر وقال الطالب: بل حالاً فالقول للكفيل)** لأنَّه منكر **(وفي الإقرار القول للمقر له)** وعلى المقر البينة **(ولا يؤخذ ضامن الدرك**

باب كفالة الرجلين والعبدين

دين عليهما كفل كل عن صاحبه فما أداه أحدهما لا يرجع به على الآخر إلاّ إذا زاد على النصف ولو كفلا بمال عن رجل وكفل كل منهما به عن صاحبه فما أداه رجع بنصفه على

وكذا يروى عن أبي يوسف (**ولا يؤخذ ضامن الدرك إنْ استحق المبيع ما لم يقض بثمنه على بائعه**) لأنَّ البيع لا ينتقض بمجرد الاستحقاق على ظاهر الرواية ما لم يقض بالثمن على البائع فلا يجب رد الثمن على الأصيل فلا يجب على الكفيل، وعن أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة: أنَّه يرجع بمجرد القضاء بالاستحقاق وفي التنوير قال الآخر: أسلك هذا الطريق فإنَّه آمن فسلكه وأخذ ماله لم يضمن ولو قال: إنْ كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن ضمن.

باب كفالة الرجلين والعبدين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الإثنين لأنَّ الاثنين بعد الواحد طبعاً، فأخر وضعاً (**دين عليهما**) أي على الاثنين لآخر بأن اشتريا منه ثوباً و (**كفل كل**) واحد من الاثنين (**عن صاحبه**) جاز العقد لعدم المانع إذ يكون كل واحد منهما في النصف أصيلاً وفي النصف الآخر كفيلاً (**فما أداه أحدهما**) أي فما أدى أحدهما من الدين نصفه (**لا يرجع به**) أي بما أدى (**على الآخر**) أي على شريكه وإنْ عين عن نصيب صاحبه لأنَّ وقوع الأداء عما هو عليه أصالة أولى من وقوعه كفالة، إذ الأول دين مع المطالبة والثاني مطالبة فقط، ولأنَّه لو وقوع في النصف صاحبه كان لصاحبه أن يرجع عليه بأن يجعل المؤدي عنه لأنَّ المؤدي نائبه وأداء نائبه كأدائه، فيؤدي إلى الدور (**إلاَّ إذا زاد على النصف**) فينصرف إلى ما عليه كفالة فيرجع على شريكه إنْ كفل بأمره (**ولو كفلا**) أي الإثنان (**بمال عن رجل**) بالتعاقب (**وكفل كل**) واحد (**منهما به**) أي بجميع المال (**عن صاحبه**) يعني إذا كان على رجل ألف درهم مثلاً فيكفل عنه اثنان كل منهما بجميعه على الإنفراد.

ثم كفل كل منهما عن صاحبه بما يلزمه بالكفالة إذ الكفالة بالكفيل جائزة (**فما أداه**) كل منهما (**رجع بنصفه على شريكه**) قليلاً كان المؤدي أو كثيراً إذ الكل كفالة فلا رجحان لكل من

إنْ استحق المبيع ما لم يقض بثمنه على بائعه) إذ بمجرد الاستحقاق لا ينقض البيع على الظاهر كما مر خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى.

باب كفالة الرجلين والعبدين

دين عليهما بأن اشتريا من رجل عبداً بمائة (**كفل كل**) واحد (**عن صاحبه**) بأمره جاز وحينئذ (**فما أداه أحدهما عن صاحبه لا يرجع به على الآخر**) للزوم الدور (**إلاَّ إذا زاد على النصف لتحقق النيابة ولو كفلا بمال**

شريكه أو بكله على الأصيل لو بأمره ولو أبرأ الطالب أحدهما فله أخذ الآخر بكله ولو فسخت المفاوضة فلربَّ الدين أخذ من شاء من شريكيها بكل دينه وما أداه أحدهما لا يرجع به على الآخر ما لم يزد به على النصف وإذا كوتب العبد أن بعقد واحد وكفل كل عن صاحبه صح ورجع كل منهما على الآخر بنصف ما أدى وإن أعتق السيد أحدهما قبل

الكفالتين على الأخرى بالمطالبة، ثم يرجعان على الأصيل **(أو)** رجع هو **(بكله)** أي بكل ما أداه **(على الأصيل)** ابتداء **(لو)** كفل **(بأمره)** إذ كفل كل منهما بالجمع فلا يؤتى إلى الدور هذا إذا كفل كل منهما عن صاحبه بالجميع، وأما إذا كفل كل منهما بالنصف.

ثم كفل كل عن صاحبه فهي كالمسألة الأولى في الصحيح، وكذا لو كفلا على الأصيل بالجميع، ثم كفل عن صاحبه لأنَّ الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلاً عن الأصيل بالجميع أو كفل كل بالجميع متعاقباً ثم كفل كل عن صاحبه بالنصف لمغايرة جهة الضمان كما في الدرر وغيره **(ولو أبرأ الطالب أحدهما)** أي أحد الإثنين **(فله)** أي للطالب **(أخذ)** الكفيل **(الآخر بكله)** أي بكل المال لأنَّ كلاً منهما كفيل بالكل عن الأصيل فيأخذه به **(ولو فسخت المفاوضة)** أي لو اشترى أحد المفاوضين شيئاً ثم فسخت المفاوضة بينهما **(فلربَّ الدين أخذ من شاء من شريكيها)** أي شريكي المفاوضة **(بكل دينه)** لأنَّ الكفالة تثبت بعقد المفاوضة فلا تبطل بالإفتراق قيد بالمفاوضة لأنَّ شريك العنان لا يؤاخذ عن شريكه لأنَّها لا تتضمن الكفالة بل الوكالة كما مر في الشركة **(وما أداه أحدهما لا يرجع به)** أي بما أدى **(على الآخر ما لم يزد به على النصف)** لما بيناه آنفاً **(وإذا كوتب العبدان بعقد واحد)** بأن قال المولى: كاتبتكما على ألف وقبلا **(وكفل كل)** من العبدين **(عن صاحبه صح)** العقد **(ورجع كل منهما على الآخر بنصف ما أدى)** والقياس أنْ لا يصح لأنَّ فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكل منهما بانفراده

. . . .

عن رجل) كل بكل المال على التعاقب (و) بعد ذلك **(كفل كل)** واحد **(منهما به عن صاحبه)** بأمره بكل المال، وبهذا القيود خالفت الأولى وحينئذ **(فما أداه)** أحدهما **(رجع بنصفه على شريكه)** لكون الكل كفالة هنا **(أو)** رجع إنْ شاء **(بكله على الأصيل لو)** الكفالة **(بأمره ولو أبرأ الطالب أحدهما فله أخذ الآخر بكله)** يحكم كفالة **(ولو فسخت)** شركة **(المفاوضة)** وعليهما ديون **(فلرب الدين أخذ من شاء من شريكيهما بكل دينه)** لتضمنها الكفالة كما مر **(وما أداه أحدهما لا يرجع به على الآخر ما لم يزد على النصف)** لما مر آنفاً **(وإذا كوتب العبدان بعقد واحد وكفل كل عن صاحبه صح)** استحساناً بجعل كل المال على كل منهما بالأصالة في حق المولى تصحيحاً له بقدر الإمكان وإلاَّ فالقياس بطلانها كما لو كاتبهما بعقدين لكونها من المكاتب وببدل الكتابة (و) إذا صح **(رجع كل على الآخر بنصف ما أدى)** لاستوائهما **(وإن اعتق السيد أحدهما قبل الأداء)** والمسألة بحالها **(صح وله أن يأخذ حصة الآخر)** من أيهما شاء **(منه أصالة ومن المعتق كفالة)** لما ذكرنا **(ويرجع المعتق فقط)** لا الآخر **(بما أدى على صاحبه)** لكفالته **(ولو كان على عبد مال)** موصوف بكونه **(لا يجب عليه إلاَّ بعد عتقه)** كما لزمه بإقرار أ

الأداء صح وله أن يأخذ حصة الآخر منه أصالة أو من المعتق كفالة ويرجع المعتق فقط بما أدى على صاحبه ولو كان على عبد مال لا يجب عليه إلا بعد عتقه فكفل به رجل

باطل وعند الاجتماع أولى فصار كما إذا تعاقبت كتابتهما فإنَّه باطل، ولهذا قال بعقد، وجه الاستحسان أنَّ تصرف الإنسان يجب تصحيحه بقدر الإمكان وقد أمكن هنا بأن يجعل كل المال على كل منهما في حق المولى وحق نفسه، وعتق الآخر معلق بأدائه لأنَّ معنى قوله: كاتبتكما بألف إنْ أديتما ألف درهم فأنتما حران فكأنه قال: لكل منهما إنْ أديت الألف فأنت حر فيكون عتق كل واحد معلقاً بأداء الألف، ولا يحصل عتقه بأداء نصفه إذ الشرط يقابل المشروط جملة، ولا يقابله أجزاء فيطالب المولى كلاً منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا الكفالة فأيهما أدى عتق وعتق الآخر تبعاً له كما في ولد المكاتب، فما أدى أحدهما رجع على الآخر لاستوائهما، ولو رجع الكل أو لم يرجع بشيء انتفى المساواة كما في الدرر قيد بقوله: وكفل لأنَّه لو كاتبهما معاً ولم يزد على ذلك لزم على كل واحد منهما حصته، ويعتق بأداء حصته فلو زاد على أنَّهما إنْ ادعيا عتقاً وإنْ عجز أراد في الرق، ولم يذكر الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال إلى المولى خلافاً لزفر، فإنَّه قال: يعتق بأداء حصته **(وإن أعتق السيد أحدهما)** أي أحد العبدين المكاتبين فيما إذا كاتبهما، وشرط كفالة كل منهما عن صاحبه **(قبل الأداء صح)** عتقه لمصادفته ملكه وبرىء عن النصف لأنَّه ما رضي بالتزام المال إلاَّ ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأنَّ المال في الحقيقة مقابل برقبتهما، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عن الإحتيال فاعتبر مقابلاً برقبتيهما فلهذا يتنصف كما في الهداية **(وله)** أي للمولى **(أن يأخذ حصة الآخر منه)** أي من الآخر **(أصالة أو من المعتق كفالة ويرجع المعتق فقط بما أدى على صاحبه)** أي إن أخذ المولى حصة الآخر من المعتق رجع المعتق بما يؤدي على الآخر لأنَّه مؤدي عنه بأمره، فإنْ أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنَّه أدى عن نفسه لا يقال أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة، وهو باطل، لأنَّ كل واحد منهما كان مطالباً بجميع الألف والباقي بعض ذلك، فيبقى على تلك الصفة لأنَّ البقاء يكون على وفق الثبوت كما في المنح **(ولو كان على عبد مال لا يجب عليه)** صفة مال أي على لعبد **(إلا بعد عتقه)** وهو دين

. . . .

استقراض **(فكفل به رجل كفالة مطلقة)** عن ذكر حلول أو تأكيل إذ لو كفل بأجل تأجل كما مر **(لزم الكفيل حالاً)** لحلوله على العبد، وتأخيره لعسرته وكفيله موسر **(وإذا أدى)** كفيله **(لا يرجع على العبد إلاَّ بعد عتقه)** لقيامه مقام الطالب **(ولو ادعى)** شخص **(رقبة عبد فكفل به رجل فمات العبد)** المكفول قبل تسليمه **(فبرهن المدعي أنّه)** كان **(له ضمن الكفيل قيمته)** لجوازها بالأعيان المضمونة كما مر **(ولو كفل سيد عن عبده بأمره أو)** كفل **(عبد غير مديون)** مستغرق **(عن سيده)** بأمره **(فعتق فأي أدى لا يرجع**

كفالة مطلقة لزم الكفيل حالاً وإذا أدى لا يرجع على العبد إلاّ بعد عتقه ولو ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي أنّه له ضمن الكفيل قيمته ولو كفل سيد

لم يظهر في حق مولاه بل في حقه يؤاخذ بعد عتقه كما لو لزمه بإقرار أو استقراض أو استهلاك وديعة **(فكفل به)** أي بذلك المال **(رجل كفالة مطلقة)** عن قيد الحلول أو التأجيل **(لزم الكفيل حالاً)** لأنَّ المال حال على لعبد لوجود السبب، وقبول ذمته إلاَّ أنَّ المطالبة تأخرت عنه بعسرته إذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها في حق المولى فصار كما لو كفل عن غائب أو مفلس بخلاف ما إذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالاً بل مؤجلاً **(وإذا أدى)** الكفيل ما على العبد **(لا يرجع على العبد إلاَّ بعد عتقه)** إنْ كان بأمره لأنَّ الطالب كان يرجع عليه بعد العتق فكذا الكفيل، لأنَّه قائم مقامه **(ولو ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فمات العبد)** المكفول برقبته قبل التسليم إلى المدعي **(فبرهن المدعي)** أي أقام بينة **(أنّه)** أي العبد **(له)** أي ملكه **(ضمن الكفيل قيمته)** أي قيمة **العبد** لأنّه كفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد، لأنَّ المدعي يدعي غصب العبد على ذي اليد، والكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها جائزة، فيجب على الكفيل رد العين فإنْ هلكت تجب عليه قيمتها بخلاف ما إذا ثبت الملك له بإقرار ذي اليد وبنكوله لأنَّ إقرار الأصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به الكفيل بنفسه **(ولو كفل سيد عن**

....

على الآخر) لانعقادها غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له كما لو كفل رجل عن رجل بغير أمره فأجاز الكفالة لم تكن كفالته موجبة للرجوع، **(قلت)**: وفائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بإيفاء الدين عن سائر مولاه وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته كما في التنوير فليحفظ، ففيه أيضاً لا يؤخذ ضامن الدرك إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن ولو قال لآخر: اسلك هذا الطريق فإنّه آمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن، ولو قال: إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن ضمن لأنّه غار مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلاَّ لعمال بيت المال كما حررته في شرحي عليه، وفيه أيضاً كل من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع وإنْ لم يشترطه كالأمر بالإنفاق عليه وبقضاء دينه إلاَّ في أربع مسائل أمره بتعويض عن هبة، وبإطعام عن كفارة وبأداء زكاة ماله، وبأن يهب عنه فلاناً لو كفل الحال مؤجلاً، تأخر عن الأصيل وللمديون السفر قبل حلول الدين وليس للدين منعه، ولكن يسافر معه فإذا حل منعه ليوفيه. **(قلت)**: واستحسن أبو يوسف أخذ كفيل شهراً لامرأة طلبت كفيلاً بالنفقة لسفر الزوج وعليه الفتوى، وقاس عليه في المحيط بقية الديون، لكنه قياس مع الفارق كما في شرح الوهبانية للشرنبلالي لكن في الخلاصة عن المنتقى لو قال ربُّ الدين للقاضي: مديوني فلان يريد أن يغيب عني طالبه بالكفيل ولو الدين مؤجلاً واعتمده في المنظومة المحبة فقال: لو قال مديوني: مراده السفر، وأجل الدين عليه ما استقر، وطلب التكفيل، قالوا: يلزم عليه إعطاء كفيل يعلم، ثم الكفيل إن يمت

عن عبده بأمره أو عبد غير مديون عن سيده فعتق فأي أدى لا يرجع على الآخر.

عبده بأمره أو) كفيل **(عبد غير مديون)** قيد به تصحيحاً للكفالة فإنَّ كفالة المديون عن مولاه لا تصح لأنَّها تتضمن إبطال حق الغرماء **(عن سيده)** بأمره **(فعتق)** العبد **(فأي)** من السيد أو العبد **(أدى)** المال المكفول به **(لا يرجع على الآخر)** لأنَّ الكفالة وقعت غير موجبة لأنَّ أحدهما لا يستوجب ديناً على الآخر وقال زفر: إن كانت الكفالة بالأمر يرجع كل منهما على صاحبه لأنَّ المانع وهو الرق قد زال قلنا: وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك.

. . . .

قبل الأجل، لا شك أن الدين في ذا الحال حلَّ عليه فالوارث إنْ أداه لم يرجع به من قبل ما التأجيل تم، انتهى والله أعلم.

كتاب الحوالة

هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة وتصح في الدين لا في العين برضى المحتال والمحتال

كتاب الحوالة

ذكرها بعد الكفالة لأنَّ كلاً منهما عقد التزام ما على الأصيل للتوثق إلاَّ أنّ الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة، فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم، وهي في اللغة النقل والتحويل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال، وقيل: هي اسم بمعنى الإحالة يقال: أحلت زيداً بماله على فلان ولذا قيل للمديون محيل، ومحتال وللدائن محال ومحتال ولمن يقبل الحوالة محال عليه ومحتال عليه وللدين محال به ومحتال به، لكن اترك عند الاستعمال محتال في محيل فراراً عن التباسه المفعول من بابه، وقد فرق البعض بالحلق له إلى المفعول وقال محتال له قيل: هو لغو لعدم الحاجة إلى الصلة وفي إصطلاح الفقهاء (هي) أي الحوالة (**نقل الدين من ذمة إلى ذمة**) أي من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه، واختلف المشائخ في أنها هل توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعاً أو عن المطالبة دون الدين، والصحيح من المذهب أنَّها توجب البراءة من الدين كما في المنح (**وتصح**) الحوالة (**في الدين لا في العين**)، أما الصحة فبالإجماع وبما روى البخاري ومسلم

. . . .

كتاب الحوالة

أوردها بعد الكفالة لاختصاصها بالديون دون العين بخلاف الكفالة و (**هي لغة النقل**) وشرعاً (**نقل الدين**) ولو حكما في ضمن عقد أو لا، وسيجيء فلا يخرج عنه حوالة الدراهم الوديعة.

وكذا الغصب كما ظن فافهم (**من ذمة**) المحيل (**إلى ذمة**) المحتال عليه وهل توجب البراءة من الدين المصحح، نعم كما في المحيط (**وتصح في الدين لا في العين**) لأن الدين وصف شرعي قابل للنقل الشرعي بخلاف الأعيان فإنها محسوسة غير قابلة إلا للنقل الحسي (**برضى المحتال**) وهو

عليه وقيل لا بد من رضى المحيل أيضاً وإذا تمت برىء المحيل بالقبول لكن فلا يأخذ

عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال، قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع»[1]، أي إذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل والأمر بالإتباع دليل الجواز.

وأما اختصاصها بالدين فلأن الحوالة نقل حكمي والدين وصف حكمي يثبت في الذمة فجاز للدين أنْ يقبل ذلك النقل، أما العين كالثوب فحسي فلا يقبل النقل الحكمي بل يحتاج إلى النقل الحسي فلا بد من أن يكون للمحتال دين على المحيل، ولذا قال في القنية: أحال عليه مائة من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شيء، ولا للمحتال على المحيل، فقبل المحتال عليه ذلك لا شيء عليه (برضى) متعلق بتصح (**المحتال**) لأنَّ الدين حقه، والذمم متفاوتة ولا بد من رضاه لاختلاف الناس في الإيفاء وهذا بالإجماع (**والمحتال عليه**) لأنَّ الدين يلزمه فلا بد من التزامه والأصح من مذهب الشافعي أنَّ لا حاجة إلى رضاه إذا كان المحل به دين المحيل، وهو قول مالك وأحمد لأنَّ الحق للمحيل فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره، قيد برضاهما لأنَّها لا تصح مع إكراه أحدهما وأراد من الرضى القبول في مجلس الإيجاب لكن في البزازية لو أحال إلى غائب فقبل بعدما علم صحت، ولا تصح في غيبة المحتال إلاّ أنْ يقبل رجل له الحوالة (**وقيل لا بد من رضى المحيل أيضاً**) كما لا بدَّ من رضى المحتال والمحتال عليه، وفي البحر رضى المحيل ليس بشرط على ما ذكره محمد في الزيادات، وشرط القدوري وإنما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف في الروايات وفي العناية وذكر في الزيادات أنَّ الحوالة تصح بدون رضاه لأنَّ التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنَّ المحتال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره قيل، وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه إذا كانت بأمره وقيل: لعل موضوع ما ذكر في القدوري أنْ يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة، فإنَّها حينئذ تكون إسقاطاً لمطالبة المحيل عن المحتال عليه فلا تصح إلاَّ رضاه والظاهر أنَّ الحوالة قد تكون إبتداؤها من المحيل، وقد تكون من المحتال عليه، والأول إحالة وهي فعل اختياري لا يتصور بدون الإرادة والرضى، وهو وجه

. . . .

الدائن، سواء كان عليه دين أو لا، وقيل: لا يشترط رضاه كما في القهستاني عن الزاهدي (**والمحتال عليه**) وهو من يقبلها، فالفرق بالصلة (**وقيل لا بد من رضى المحيل أيضاً**) وهو المديون والمختار عدم اشتراطه كما في الشرنبلالية عن البرهان، وكذا رجحه صاحب الهداية حيث لم يقم الدليل إلاَّ عليه وعليه جرى المصنف فتنبه وتمامه في شرحنا على التنوير (**وإذا تمت بريء المحيل بالقبول**) من الدين والمطالبة جميعاً على الصحيح، وقيل: لا يبرأ إلاَّ من المطالبة فقط، وقال زفر: لا يبرأ من المطالبة

---

(١) أخرجه البخاري (استقراض، ١٢ [في الترجمة])، (حوالات، ١، ٢)، ومسلم (مساقات، ٣٤)، وأبو داود (بيوع، ١٠)، والترمذي (بيوع، ١٠٠، ١٠١)، وابن ماجه (صدقات، ٨)، والدارمي (بيوع، ٤٨)، والموطأ (بيوع، ٨٤)، وأحمد بن حنبل (٢، ٧١، ٢٤٥، ٢٥٤، ٢٦٠، ٣١٥، ٣٧٧، ٣٧٠، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٤/ ٨٣.

المحتال من تركته لكن يأخذ كفيلاً من الورثة أو الغرماء مخافة التوى ولا يرجع عليه إلاَّ إذا توى حقه وهو بموت المحتال عليه مفلساً أو إنكاره الحوالة وحلفه ولا بينة عليها

رواية القدوري، والثاني احتيال يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحتال عليه ورضاه، وهو وجه رواية الزيادات، وعلى هذا اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة بناء على إيفاء الحق حقه فله إيفاؤه من حيث شاء من غير قسر عليه بتعيين بعض الجهالة أو عدم اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي انتهى **(وإذا تمت)** الحوالة **(برىء المحيل)** من الدين **(بالقبول)** أي بقبول المحتال الحوالة على المحتال عليه وقال زفر: لا يبرأ اعتباراً بالكفالة إذ كل واحد منهما عقد توثق بحق، ولنا أن الأحكام الشرعية تبتني على وفق المعاني، فمعنى الحوالة النقل والتحويل، وهو لا يتحقق إلاَّ بفراغ ذمة الأصيل بخلاف الكفالة، قوله: من الدين رد على من يقول أنَّه يبرأ عن المطالبة لا الدين وقد تقدم بيانه آنفاً ومراده أنَّه يبرأ براءة موقوفة ومقتضى ما ذكر من براءة المحيل أنَّ المشتري لو أحال البائع بالثمن على رجل لم يملك حبس المبيع، وكذا لو أحال المرتهن الراهن لا يحبس الراهن ولو أحال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس في الثلاثة، وبه صرح في البحر قال: ولكن المنقول في الزيادات عكسه وقوله بالقبول متعلق بقوله: إذا تمت الحوالة **(فلا يأخذ المحتال من تركته)** أي من تركة المحيل الدين إذا مات المحيل **(لكن يأخذ كفيلاً من الورثة أو الغرماء مخافة التوى)** أي الهلاك **(ولا يرجع عليه المحتال (إلاَّ إذا توى حقه)** فحينئذ يرجع عليه كما رويَّ أنَّه عليه الصلاة والسلام قال: «إذا مات المحتال عليه مفلساً عاد الدين»، ولأنَّ براءته مقيدة بسلامة حقه له فيرجع عليه عند عدم السلامة، وقال الشافعي: لا يرجع عليه عند التوى بأي طريق كان لأنَّ الساقط لا يعود، وفي البحر ومراده إذا كانت الحوالة باقية أما إذا فسخت الحوالة فإنَّ للمحتال الرجوع بدينه على المحيل، ولذا قال في البدائع: إنّ حكمها ينتهي بفسخها وبالتوي وقوله: وبالتوي مقيد بأنْ لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانياً لما في الذخيرة رجل أحال رجلاً له عليه دين على رجل، ثم أنَّ المحتال عليه أحاله على الذي عليه الأصل، برىء المحتال عليه الأول، فإنْ توى المال على الذي عليه الأصل لا يعود على المحتال عليه الأول **(وهو بموت المحتال عليه مفنساً)** بأنْ لم يترك مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً **(أو إنكاره)** أي إنكار المحتال عليه **(الحوالة وحلفه)** أي المحتال عليه **(ولا بينة)** للمحتال

. . . .

أيضاً وحينئذ **(فلا يأخذ المحتال من تركته)** أي تركة المحيل و **(لكن يأخذ كفيلاً من الورثة أو الغرماء مخافة التوى)** بالقصر ويمد هلاك المال **(ولا يرجع عليه)** المحتال **(إلاَّ إذا توى حقه)** خلافاً للشافعي، ولنا أنَّ براءته مقيدة بسلامة حقه له، وقيده في البحر بأنْ لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانياً **(وهو)** أي التوى عند أبي حنيفة بأحد أمرين **(بموت المحتال عليه مفلساً)** بغير عين ولا دين، ولا كفيل، وهذا إذا ثبت موته مفلساً بتصادقهما فإنْ اختلفا فيه فالقول للمحتال مع يمينه على العلم كما في التنوير تبعاً للمبسوط وغيره، وقيل: القول للمحيل: بيمينه ذكره في الفتح **(أو إنكاره الحوالة وحلفه ولا بينة عليها)**

وعندهما بتفليس القاضي إياه أيضاً وتصح بالدراهم المودعة ويبرأ المحتال عليه بهلاكها وبالمغصوبة ولا يبرأ بهلاكها، وإذا قيدت الحوالة بالدين أو الوديعة أو الغصب لا يطالب المحيل المحتال عليه مع أنَّ المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته وإن لم تقيد

والمحيل (**عليها**) أي على الحوالة، وهذا عند الإمام لأنَّ العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منها، وهو التوى في الحقيقة (**وعندهما بتفليس القاضي إياه**) أي المحتال عليه (**أيضاً**) لأنَّه عجز عن الأخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما كعجزه عن الإستيفاء بموته مفلساً وبالجحود قيدنا بأن لم يترك كفيلاً لأنَّ وجود الكفيل يمنع موته مفلساً على ما في الزيادات وفي الخلاصة لا يمنع وإنَّ المحتال لو أبرأ الكفيل بعد موت المحتال عليه مفلساً فله أنْ يرجع بينه على المحيل، وفي البزازية أخذ المحتال من المحتال عليه بالمال كفيلاً ثم مات المحتال عليه مفلساً لا يعود الدين إلى ذمة المحيل سواء كفل بأمره أو بغير أمره، والكفالة حالة أو مؤجلة أو كفل حالاً، ثم أجله المكفول له، وإن لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل أو رهن به رهناً ثم مات المحتال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل، ولو كان مسلطاً على البيع فباعه، ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه مفلساً بطلت الحوالة، والثمن لصاحب الرهن، ولو اختلفا في كونه مفلساً فالقول للمحتال مع يمينه على العلم (**وتصح**) الحوالة (**بالدراهم المودعة**) يعني إذا أودع رجل رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر صح لأنَّه أقدر على التسليم فكانت أولى بالجواز (**ويبرأ المحتال عليه**) عن الحوالة (**بهلاكها**) كالزكاة المقيدة بالنصاب لأنَّ المحتال التزم الأداء من هذه الدراهم وهي قد هلكت أمانة وأيضاً يبرأ المودع عن الحوالة إذا استحقت الدراهم المودعة فيعود الدين على ذمة المحيل (**وبالمغصوبة**) أي تصح الحوالة بالدراهم التي غصبها المحال عليه من المحيل (**ولا يبرأ بهلاكها**) أي لا يبرأ الغاصب بهلاك المغصوبة لأنَّه، لا يبطل الحوالة، لأنَّه فات إلى خلف، وهو الضمان والخلف يقوم مقام الأصل وكان المغصوب قائماً معنى فلا يبطل، وأما إذا استحق المغصوب بطلت الحوالة لأنَّ المغصوب وصل إلى مالكه فهو يوجب براءة الغاصب عن الضمان (**وإذا قيدت الحوالة بالدين أو الوديعة أو الغصب لا يطالب المحيل المحتال عليه**) أي لا يطلب المحيل من المحتال عليه ما عنده أو عليه من الدراهم المودعة أو المغصوبة أو الدين لأنَّ هذه الحوالة المقيدة تتضمن توكيل

لمحتال ولا محيل (**وعندهما**) بهما و (**بتفليس القاضي إياه أيضاً**) ثم ذكر الحوالة بالعين فقال (**وتصح بالدراهم المودعة**) أي بمال الأمانة كدنانير الوديعة وغيرها (**ويبرأ المحتال عليه بهلاكها**) أي تلك الدراهم (و) تصح أيضاً (بـ) الدراهم (**المغصوبة**) أي بما يكون مضموناً على المحتال عليه (**ولا يبرأ بهلاكها**) لصحة الحوالة فيحلفها مثلها بخلاف الوديعة (**وإذا قيدت الحوالة بالدين**) الخاص (**أو**) العين مثل (**الوديعة أو الغصب**) صحت وحكمها أنْ (**لا يطالب المحيل المحال عليه**) وليس للمحتال عليه دفعها للمحيل، فلو دفع إليه ضمن (**مع أنَّ المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته**) لشغله بالحوالة

بشيء فله المطالبة ولا تبطل الحوالة بأخذه ما على المحتال عليه أو عنده. وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل ما أحال به فقال: أحلت بدين لي عليك لا يقبل بلا حجة،

المحتال بقبض ما على المحتال عليه، أو ما عنده، ويتضمن تسليم المحتال عليه ما عنده أو عليه بأمر المحيل فلا يطلب المحيل ذلك من المحتال لتعلق حق المحتال كالراهن، لا يملك مطالتبه لتعلق حق المرتهن حتى يضمن المحتال عليه للمحتال إنْ دفع إلى المحيل **(مع أنّ المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته)** أي بعد موت المحيل يعني أنَّ هذه الأموال، إذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغي أن لا يكون المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته كما في الرهن مع أنَّه أسوة لهم لأنَّ العين الذي بيد المحتال عليه للمحيل، والدين الذي له عليه لم يصر مملوكاً للمحتال بعقد الحوالة لا يداً، وهو ظاهر ولا رقبة لأنَّ الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرماء.

وأما المرتهن فيملك المرهون يداً وحبساً فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره إنْ يشاركه فيه، وقال زفر: المحتال أحق به من الغرماء لأنَّ الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد الموت الراهن **(وإن لم تقيد)** الحوالة **(بشيء)** من المذكورات **(فله)** أي للمحيل **(المطالبة)** من المحتال بالعين أو الدين، ويقدر المحتال عليه أنْ يدفعها إلى المحيل إذ لا تعلق لحق المحتال بما عنده أو عليه بل حقه في ذمة المحتال عليه وفي ذمته سعة فغاية ما يجب على المحتال عليه أداء دين المحتال من مال نفسه **(ولا تبطل الحوالة)** سواء كانت مقيدةً أو مطلقة **(بأخذه)** أي المحيل **(ما على المحتال عليه)** من الدين **(أو عنده)** من الوديعة أو الغصب.

أما في المطلقة فإنَّها لم تتعلق بهذه الأشياء لعدم الإضافة إليها.

وأما في المقيدة فلأن المحتال عليه قد دفع ما تعلق به حق المحتال إلى من ليس له حق الأخذ فيضمنه للمحتال ويرجع إلى المحيل بما دفع إليه فلا تبطل الحوالة **(وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل ما أحال به فقال: أحلت بدين لي عليك لا يقبل بلا حجة)** أي لا يسمع قول المحيل: للمحتال عليه أحلت بدين لي عليك حين طلب المحتال عليه من المحيل مثل ما

. . . .

المقيدة (و) أما **(إن لم تقيد)** الحوالة **(بشيء)** وأبقاها مطلقة **(فله)** أي للمحيل **(المطالبة)** للمحتال عليه بالدين أو العين لأنَّه لم يتعلق به حق المحتال لعدم الإضافة إليه **(ولا تبطل الحوالة بأخذ ما على المحتال عليه)** من الدين **(أو)** بأخذ ما **(عنده)** من الوديعة والغصب، فلو مات المحيل فتنبه ووديعته بين غرمائه دون المحتال لأنَّ المحتال بالحوالة صار غريم المحتال عليه، ولم يبق غريم المحيل **(وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل ما أحال به)** مدعياً قضاء دينه بأمره **(فقال)** إنما **(أحلت بدين)** ثابت **(لي عليك لا يقبل)** قوله **(بلا حجة)** بل يضمن مثل الدين لإنكاره، وقبول الحوالة ليس إقراراً بالدين لصحتها

ولو طالب المحيل المحتال بما أحال فقال: أحلتني بدين لي عليك لا يقبل بلا حجة وتكره السفتجة وهي الأقرض لسقوط خطر الطريق.

أحاله إلاَّ ببينة إذ المحتال عليه أنكر الدين لأنَّ إقراره بالحوالة وقبوله لا يكون إقراراً ولا دليلاً على أنَّ عليه له ديناً إذ الحوالة تجوز بدون الدين على المحتال عليه بل يسمع طلب المحتال عليه لوجود سببه هو أداء الدين بأمره (**ولو طالب المحيل بما أحال فقال: أحلتني بدين لي عليك لا يقبل بلا حجة**) أي لا يسمع قول المحتال للمحيل: أحلتني بدين لي عليك حين طلب المحيل من المحتال ما قبضه إلاّ ببينة لأنَّ المحيل أنكر الدين إذ إقراره بالحوالة، وإقدامه عليها لا يكون إقراراً بالدين لأنَّ الحوالة تستعمل في الوكالة بمعنى نقل التصرف بل يسمع طلب المحيل كطلب الموكل من الوكيل ما قبضه، وفي التنوير أدى المال في الحوالة الفاسدة فهو بالخيار إنْ شاء رجع على القابض وهو المحتال وإنْ شاء رجع على المحيل ولا يصح تأجيل عقدها (**وتكره السفتجة**) بضم السين والتاء عند سيبويه وبفتح التاء عند الأخفش تعريب سفته ومعناها المحكم (**وهي الأقرض**) أي أنْ يقرض إلى تاجر مثلاً قرضاً ليدفعه إلى صديقه في بلد آخر (**لسقوط خطر الطريق**) وإنما كرهت لورود النهي عن قرض جر نفعاً، وإنما ذكرت المسألة في هذا الباب لأنَّ هذا الإقراض في معنى حوالة الصديق على المستقرض أو لأنه حوالة الطريق إليه أو لأنَّ المقرض يحيله بالأداء إلى الصديق.

....

بدونه (**ولو طالب المحيل المحتال بما أحال**) قائلاً إنما أحلتك على فلان بمعنى وكلتك لتقبضه لي (**فقال**) المحتال بل (**أحلتني بدين لي عليك لا يقبل**) قوله (**بلا حجة**) بل القول للمحيل لأنَّه منكر، ولفظ حوالة يستعمل في الوكالة. (**فروع**): لا يصح تأجيل عقد الحوالة، ولو توكل المحيل عن المحتال بقبض الدين الحوالة لم يصح، ولو شرط للمحتال الضمان على المحيل صح، ويجبر المحتال على القبول من المحيل ولو أحال على أنْ يعطي من ثمن دار المحيل بطل، لكن لو أجاز كما لو قبلها المحتال عليه بشرط الإعطاء من ثمن داره، ولكن لا يجبر على البيع، ولو باع يجبر على الأداء ولو باع على أنْ يحيل على المشتري بالثمن غريماً له بطل ولو باع بشرط أنْ يحتال بالثمن صح لأنَّه شرط ملائم، ولو ادعى المال في الحوالة الفاسدة خير في الرجوع على المحتال أو المحيل، ولو احتال الأب أو الوصي بمال اليتيم صح إن على مليء وإلاّ لا ولو مساوياً على الأوجه، وتمامه فيما علقته على التنوير (**وتكره السفتجة**) بضم السين وتفتح وفتح التاء تعريب سفته بمعنى المحكم (**وهي الإقراض لسقوط خطر الطريق**) وقد نهى ﷺ عن قرض جر نفعاً وذكره هنا لأنَّه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فيكره وإنْ شرطها في القرض حرم وفسد كما في الصغرى، وقيل إنْ لم نذكر فلا بأس.

فــرع

نقل في البحر والنهر عن البزازية أنَّ المستقرض لو وهب منه الزائد لم يجز لأنَّه مشاع يحتمل القسمة فليحفظ.

كتاب القضاء

القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأفضل العبادات وأهله من هو أهل للشهادة وشرط

كتاب القضاء

لما كان أكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها، وهو قضاء القاضي أضاف الكتاب إلى القضاء دون الأدب نظراً إلى أنَّ بيان القضاء مقصود وبيان الأدب متبوع، والقضاء في اللغة له معانٍ يكون بمعنى الإتقان والإحكام، ففي المصباح أنَّه مصدر قضيت بين الخصمين، وعليهما حكمت والجمع الأقضية وقضى أي حكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾ [الإسراء: ٢٣]، وبمعنى الإبلاغ وبمعنى الأداء والإنهاء، ومنه قوله تعالى: ﴿وقضينا إلى بني إسرائيل﴾ [الإسراء: ٤] في الكتاب وقضينا إليه ذلك الأمر أي أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك، وبمعنى الصنع والتقدير، ومنه قوله تعالى: ﴿فقضاهن سبع سموات في يومين﴾ [البقرة: ٢٧] ومنه القضاء والقدر ويقال: استقصى فلان أي صيره قاضياً وفي الشرح هو قطع الخصومة أو قول: ملزم صدر عن ولاية عامة وفيه معاني اللغة جميعاً فكأنه ألزمه

. . . .

كتاب القضاء

لما كان أكثر المنازعات تقع في الديون والبياعات أعقبها بما يقطعها وهو لغة الحكم وشرعاً قطع الخصومة وهو فرض كفاية بالإجماع، فإن لم يصلح له إلاَّ واحد تعين ولو غيره أصلح أو خاف الخيف أو العجز كره ولو غير أهل أو علم عجزه حرم قطعاً.

(قلت): ففيه الأحكام الخمسة وأركانه ستة على ما نظمه ابن الغرس بقوله: أحكام كل قضية حكمية، ست يلوح بعدها التحقيق، حكم ومحكوم به وله، ومحكوم عليه وحاكم وطريق **(القضاء بالحق من أقوى الفرائض، وأفضل العبادات)**، وبه أمر كل نبي ذكره الزيلعي وغيره، وقال ﷺ: «عدل

أهليته شرط أهليتها والفاسق أهل له ويصح تقليده ويجب أن لا يقلد كما يصح قبول

بالحكم وأخبره به وفرغ عن الحكم بينما، وقدر عليه وماله، وأقام قضاه مقام صلحهما وتراضيهما لأنَّ كل واحد منهما قاطع للخصومة، وهو مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع ومحاسنه لا تخفى على أحد ولولا ذلك لفسد العباد، وخرب البلاد، وانتشر الظلم والفساد، والحاكم نائب الله تعالى في أرضه في إنصاف المظلوم من الظالم، وإيصال الحق إلى المستحق، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وبه أمر كل نبي قال الله تعالى: ﴿إنا أنزلنا التوراة فيها هدىً ونور يحكم بها النبيون﴾، وقال الله تعالى: ﴿وإن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ [المائدة: ٤٩]، ولأجله بعث الرسل والأنبياء، وكان عليه الخلفاء والعلماء، ولهذا قال: (**لقضاء بالحق من أقوى الفرائض وأفضل العبادات**) بعد الإيمان بالله تعالى، ثم هو على خمسة أوجه واجب، وهو أن يتعين له ولا يوجد من يصلح له غيره لأنَّه إذا لم يفعل أدى إلى تصنيع الحكم فيكون قبوله أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر، وإنصاف المظلوم من الظالم، ومستحب وهو أن يوجد من يصلح له غيره لكن هو أصلح وأقوم به، ومخير فيه وهو أن يستوي هو وغيره في الصلاحية والقيام به، ومكروه وهو أن يكون صالحاً للقضاء لكن غيره أصلح وأقوم به، وحرام وهو أنْ يعلم من نفسه العجز عنه، وعدم الإنصاف فيه في باطنه من اتباع الهوى بما لا يعرفه، ثم اعلم أنَّ رزقه وكفايته، وكفاية أهله وأعوانه ومن يمونهم يكون من بيت المال لأنَّه محبوس لحق العامة فلولا الكفاية ربما يطمع في أموال الناس وأنَّ عمر رضي الله تعالى عنه أعطى شريحاً كل شهر مائة درهم، وأعطاه علي رضي الله تعالى عنه كل شهر خمسمائة درهم، (**وأهله**) أي القضاء (**من هو أهل للشهادة**) لأنَّ كلاً منهما من باب الولاية لأنَّه تنفيذ القول على الغير ولأنَّ كلاً منهما الزام إذ الشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم (**وشرط أهليته**) أي القضاء (**شرط أهليتها**) أي الشهادة من العقل والبلوغ، والإسلام

. . . .

ساعة خير من عبادة ستين سنة»[١]، وهو خليفة رسول الله ﷺ، وفي إطلاق اسم خليفة لله خلاف كما في التتارخانية والتقليد رخصة، والترك عزيمة عند الجمهور كما في البزازية وغيرها فالأولى عدمه. وفي الحديث: من ابتلى بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين، وجه الشبه أنَّ السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً والذبح بغير سكين وهو الخنق يؤثر في الباطن دون الظاهر، فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر لأنَّه جاء، وفي باطنه هلاك وتباه، وقيل: معناه أنَّ يميت جميع دواعيه الخبيثة، وشهواته الردية، وقلما يوجد المتصف عند المصنف، وفي الحديث: القضاة يحشرون مع الأنبياء والمرسلين، فلذا لم يتقلد أبو حنيفة القضاء (**وأهله من هو أهل للشهادة**) أي لأدائها على المسلمين كما في الحواشي السعدية. (**قلت**): ويرد عليه أنَّ الكافر يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة، ذكره الزيلعي في التحكيم (**وشرط أهليته شرط أهليتها**)، وكذا شروط التحميل، والقبول وغيرها، ولذا قيل: حكم القضاء

---

(١) أخرجه الدارمي (جهاد: ٧)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٢/ ٤١٠.

شهادته ويجب أن لا تقبل ولو فسق العدل يستحق العزل ولا ينعزل في ظاهر المذهب وعليه مشائخنا ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً. والفاسق يصلح مفتياً وقيل لا

والحرية وغيرها مما سنذكره في كتاب الشهادة إنْ شاء الله تعالى، **(والفاسق أهل له)** أي للقضاء **(ويصح تقليده)** أي تقليد الفاسق أي المسلم الذي أقدم على كبيرة أو أصرَّ على صغيرة، وفيه إشعارٌ بأنَّ قضاء المستور صحيح بلا قبح كما في القهستاني وبأنَّ العدالة شرط الأولوية، وهذا ظاهر الرواية وفي النوادر عن أصحابنا أنَّه لا يجوز قضاؤه كما في الاختيار، وهو قول الأئمة الثلاثة **(ويجب أن لا يقلد)** الفاسق القضاء إذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد آثماً **(كما يصح قبول شهادته)** أي شهادة الفاسق حتى لو قبل القاضي، وحكم بها كان آثماً ولكنه ينفذ وفي الدرر هذا إذا غلب على ظنه صدقه، وهو مما يحفظ **(ويجب أن لا تقبل)** شهادته وفي الشمني اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإنْ كان جاهلاً فاسقاً، قال قاضيخان: ويصح تعليق تقليد القضاء والإمارة بالشرط، وكذا الإضافة إلى وقتٍ في المستقبل، وتعليق عزل القاضي بالشرط صحيح كتعليق الوكالة ولو كان في المصر قاضيان كل على محلة على حدة فالعبرة للمدعي عند أبي يوسف وللمدعي عليه عند محمد وهو الصحيح **(ولو فسق)** القاضي **(العدل)** بأخذ الرشوة وغيرها من الزناء أو شرب الخمر **(يستحق العزل)** أي يجب على السلطان عزله كما في البزازية، وفي المعراجية يحسن عزله لوجود سبب الاستحقاق **(ولا ينعزل في ظاهر المذهب وعليه مشائخنا)** وهو الصحيح،

. . . .

يستسقي من إشهادة. (تنبيه): هل المصر شرط لنفاذ القضاء ظاهر الرواية نعم، وفي رواية النوادر: لا وبه يفتي كما في التنوير وفي العمادية إذا قلد قضاء بلد.

كذا لا تدخل الغرى إلا بذكرها، انتهى وأقره الشرنبلالي فليحفظ **(والفاسق أهل له)** لأنَّه أهل لها **(ويجب أن لا يقلد)** ويأثم مقلده **(كما يصح قبول شهادته)** ويأثم قابلها به، يفتي وقيده في القاعدية بما إذا غلب على ظنه صدقه **(ويجب أن لا تقبل)**، وفي معروضات المفتي أبي السعود لما وقع التساوي في قضاة زماننا في وجود العدالة ظاهراً ورد الأمر الشريف بتقديم الأفضل في العلم والديانة والعدالة **(ولو فسق العدل يستحق العزل ولا ينعزل في ظاهر المذهب وعليه مشائخنا)** وهو الصحيح وعليه الفتوى كما في القهستاني عن الواقعات، قال: وفيه إشعار بأنَّ حكمه نافذ بعد الفسق، وذكر الخصاف أنَّه باطل فيما ارتشى لا في غيره وبه أخذ الحلواني والسرخسي، ذكره العمادي انتهى. لكن في الخانية أجمعوا على أنَّه إذا ارتشى لا ينفذ، وقال بعض مشائخنا: قضاياه باطلة فيما ارتشى وفيما لم يرتشي، وذكر الكرماني وابن الملك وابن الكمال وغيرهم أنَّ الفتوى أنَّه ينعزل بالفسق والإرتشاء نابعة كارتشائه إنْ علم وإلاَّ لا فليحفظ **(ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً)** هو الصحيح، **(والفاسق يصلح مفتياً)** لأنَّه يجتهد حذار نسبة الخطأ **(وقيل لا)** تقبل فتوى الفاسق لأنَّه من الديانات واختاره كثير من المتأخرين

. . . .

وعليه الفتوى كما في الواقعات، وقال بعض المشائخ إذا قلد الفاسق ابتداء يصح، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق، وهو قول الأئمة الثلاثة: وفي الإصلاح وعليه الفتوى لكن في البحر وهو غريب ولم أره والمذهب خلافه، وتمامه فيه فليطالع، وفي البزازية لو شرط التقليد أنَّه متى فسق ينعزل، وفي نوادر ابن هشام وقال محمد: لو فسق القاضي ثم تاب فهو على قضائه كما إذا عميَّ ثم أبصر.

وكذا إذا ارتد العياذ بالله تعالى ثم أسلم قيد بالقضاء لأنَّ الفسق لا يمنع الإمامة بلا خلاف، ولا ينعزل بالفسق، وفي البحر الوالي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينعزل، ولو حكم الوالي بنفسه لم يصح لأنَّه لم يفوض إليه **(ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً)** أي بمال دفعه لتوليته لم تصح توليته وهو الصحيح، ولو قضى لم ينفذ وبه يفتي إذ الإمام لو قلد برشوة أخذها هو أو قومه، وهو غير عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة كما في البحر وغيره ولم أر حكم ما لو أخذ قومه، وهو غير عالم به، هل يجوز تقليده أم لا وينبغي أنْ يجوز تقليده لأنَّ مفهوم قوله: وهو عالم به يقتضي جوازه إذا لم يعلم كما لو ارتشى وكيل القاضي أو نائبه أو كاتبه أو بعض أعوانه، فإن بأمره ورضاه فهو كما لو ارتشى بنفسه وإنْ بغير علمه ينفذ قضاؤه، وعلى المرتشي رد ما قبض تتبع، قيد بالتولية لأنَّه لو أخذ القاضي الرشوة وقضي لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى بالإجماع وحكى في الفصول فيه اختلافاً فقيل لا ينفذ فيما ارتشى وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الأئمة وقيل: لا ينفذ فيهما وقيل: ينفذ فيهما وفي البحر قضى ثم ارتشى أو ارتشى ثم قضى أو ارتشى ولده أو بعض من لا تقبل شهادته له لا لأنه لما أخذ المال أو ابنه يكون عاملاً لنفسه أو ابنه القاضي المولى أخذ الرشوة، ثم بعثه إلى شافعي المذهب ليحكم لا يصح لأنَّه عامل لنفسه وإنْ كتب إليه القاضي ليسمع الخصومة أو أخذ أجرة مثل الكتابة ينفذ لأنَّه ليس برشوة لما في فتاوى النسفي يحل للقاضي أخذ الأجرة على كتبة السجلات والمحاضر، وعندهما لكل ألف درهم خمسة دراهم وإنْ كان أقل من الألف لكن لحقه من المشقة مثل ذلك ففيه خمسة أيضاً وفي الخزانة، وما قيل في الألف من الثمن خمسة لا تقول به ولا يليق ذلك بفقه أصحابنا، وأي مشقة للكاتب في أخذ الثمن وإنما أجرة مثله بقدر

. . . .

كصاحب الاختيار وتنوير الأبصار. **(قلت)**: وبه جزم صاحب المجمع في متنه، وله في شرحه عبارات بليغة، وهو قول الأئمة الثلاثة أيضاً، وأقره القهستاني قال: وفيه إشارة إلى أنَّ القاضي والمفتي آثمان بالرواية المرجوحة. وذكر في آداب المفتيين أنَّ أقلَّ درجات العالم أنْ يكون عدلاً لتقبل روايته، وفتواه، وإلا لم تجز الثقة بقوله، ولم تسقط التكليف عن الناس باستفتائه ولم يجز الاعتماد على فتواه. ذكره الغزالي وغيره وأنَّ المفتي يطلق بطريق الاشتراك على ثلاثة معانٍ، الأول: مبين الحكم والحادثة، الثاني: أنَّه الشارب من الإفتاء، والثالث: أنَّه علم غير مشتق وأنَّ الإفتاء إما باجتهاد أو بتقليد، والمقلد

ولا ينبغي أن يكون القاضي فظاً غليظاً جباراً عنيداً وينبغي أن يكون موثوقاً به في دينه وعفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه. وكذا المفتي

مشقته وبقدر عمله في صنعته أيضاً كما يستأجر الحكاك والنقاب بأجر كثير في مشقة قليلة وأجرة كتبة القبالة على ربِّ الدين واعلم أنَّ ما دفع أما دفع للتودد وهو حلال من الجانبين.

وأما لصيرورته قاضياً وهو حرام منهما وأما لخوف على نفسه أو ماله وهو حرام على الأخذ حلال للدافع وكذا إذا طمع في ماله فرشاه ببعض المال.

وأما ليسوي أمره عند الوالي فإنْ كان ذلك الأمر حراماً فحرام على الجانبين وإنْ كان حلالاً فحرام على الآخذ إنْ اشترط وحلال للدافع إلاَّ أنْ يستأجره مدة معلومةً بما يدفع إليه فإنَّه حلال وإنْ لم يشترط وطلب منه أنْ يسوي أمره وأعطاه بعد ما يسوي اختلفوا فيه قال بعضهم: لا يحل له الأخذ، وقال بعضهم: يحل وهو الصحيح لأنَّه بر ومجازاة الإحسان فيحل كما في البحر، والرشوة لا تملك ولذا يلزم الاسترداد **(والفاسق يصلح مفتياً)** لأنَّه يجتهد حذراً عن النسبة إلى الخطأ **(وقيل لا)** يصلح لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ورجحه صاحب البحر فقال: وظاهر ما في التحرير أنَّه لا يحل استفاؤه إتفاقاً فإنَّه قال الإتفاق على حلِّ استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة أو رآه منتصباً والناس يستفتونه معظمين وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدهما فإنْ جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره إذ الاتفاق على المنع وتمامه فيه فليطالع ويكتفي بالإشارة من المفتي لا من القاضي، إذ لا بد للقضاء من صيغة مخصوصة كحكمت وألزمت أو صح عندي أو ثبت أو ظهر عندي أو علمت على الصحيح **(ولا ينبغي أن يكون القاضي فظاً)** من الفظاظة وهي خشونة القول: **(غليظاً)** أي شديداً في الكلام متفاحشاً **(جباراً)** أي متكبراً مقبلاً بغضب **(عنيداً)** أي مخالفاً للحق لأنَّ القضاء دفع الفساد، وهذه الأشياء بعينها فساد **(وينبغي أنْ يكون)** القاضي **(موثوقاً به)** أي متعمداً عليه **(في دينه)** بالاحتراز عن الحرام **(وعفافه)** لأنَّه ملاك الدين **(وعقله)** لأنَّه مدار التكليف **(وصلاحه)** لأنَّ في ضده الفساد **(وفهمه)** ليفهم الفساد، والخصومة **(وعلمه بالسنة)** والمراد بالسنة ما ثبت عن رسول الله ﷺ قولاً وفعلاً وتقريراً عند أمر يعاينه **(والآثار)** وهي ما يروى عن الأصحاب رضي الله تعالى عنهم **(ووجوه الفقه)** أي طرقه، قال المولى مسكين أنَّ الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم، وهو علم بالمعاني التي تعلقت بها الأحكام من كتاب الله وسنة الرسول وإجماع الأمة ومقتضياتها وإشارتها،

لا يحل له أنْ يفتي إلاَّ حكاية ونقلاً كما يأتي (ولا ينبغي أنْ يكون القاضي فظاً) أي جافياً (غليظاً جباراً عنيداً وينبغي أنْ يكون موثوقاً به في دينه وعفافه وعقله وصلاحه، وفهمه وعلمه بالسنة والآثار، ووجوه الفقه وكذا) الحكم في **(المفتي)** وهو عند الأصوليين المجتهد.

والاجتهاد شرط الأولوية، فيصح تقليد الجاهل ويختار الأقدر والأولى وكره التقلد لمن

وينبغي أنْ يكون شديداً من غي عنف ليناً من غير ضعف لأنَّ القضاء من أهم أمور المسلمين فكل من كان أعرف وأقدر وأوجب وأهيب وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى، وينبغي للسلطان أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام: «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين» وفي الإشباه فقد ظلم مرتين بإعطاء غير المستحق، ومنع المستحق لكن في زماننا توجيه القضاء إلى المستحق غير ممكن لقلته أو لمانع يمنع حتى ابتليت بأن أولى القضاء من قبل من له الأمر فلم أقدر أن أولي الأحق والأولى تجاوز الله عني وعن سائر المؤمنين بحرمة سيد المرسلين صلوات الله على نبينا وعليهم أجمعين (**وكذا المفتي**) يعني ينبغي أن يكون موصوفاً بالصفات المذكورة (**والاجتهاد شرط الأولوية**) في القاضي والمفتي لا الجواز هو الصحيح تيسيراً وتسهيلاً خلافاً للأئمة الثلاثة، وفي الفتح واعلم أنَّ ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي ولا يفتي إلاَّ المجتهد وقد استقر رأي الأصوليين على أنَّ المفتي هو المجتهد، واختلفوا في المجتهد فقيل إن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها، والمراد بعلمهما علم به يتعلق الإحكام منهما من العام والخاص والمشترك والمأول والنص والظاهر، والناسخ والنسوخ ومعرفة الاجماع والقياس، ولا يشترط

. . . .

أما من يحفظ المجتهدين فليس بمفتٍ وفتواه ليس بفتوى بل نقل كلام فيحكى ما يحفظ فقط كما بسطه ابن الهمام (**والاجتهاد شرط الأولوية**) وعن الأئمة الثلاثة شرط الجواز ومن شرطه أنْ يكون عالماً بجميع ما في الكتاب والسنة، وهذا عزيمة والرخصة أن يمكنه طلب الحادثة من النصوص، ولا يشترط معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون برأيهم، وذلك بأنْ يكون عالماً بمعانٍ مقدار خمسمائة آية وثلاثة آلاف حديث واردة في الأحكام وعالماً بمعانيها المؤثرة في الأحكام وبأقسامها من خاص ومشترك ومجمل وغيرها، وبأقسام سند الحديث وبحال الرواة، لكنه كالمعتذر الآن، لكثرة الوسائط، فالأولى الاكتفاء بتعديل الأئمة الثقات كالطحاوي وغيره، وبوجوه القياس وبشرائطها وأحكامها وأقسامها وبالإجماع موافقة ومخالفة وهذا للمجتهد في جميع الأحكام، وأما إذا اجتهد في حكم دون حكم وهو جائز عند العامة فشرطه العلم بوجوه القياس وما يتعلق بذلك وإنْ حصل به منصب الإجتهاد. وفي زماننا بمجرد ممارسته كما في الكشف وغيره، ولذا قال الإمام السرخسي: لو اجتمع حفظ المبسوط مع العلم بمذهب المتقدمين في أحد لكان له هذا المنصب كما في شرح أدب القاضي، وقيل: المجتهد من يقدر على إتيان حجة قوية كتابية أو خبري أو قياسية لصحة قوله كما في النظم، وأقره القهستاني فليحفظ، وقيل: لا بد من أنْ يكون ذا قريحة يعرف بها عادات الناس لأنَّ كثيراً من الأحكام يبتني عليها، وقد لخصت في ذلك رسالة حافلة فعليك بها، والله الهادي وعليه اعتمادي (**فيصح تقليد الجاهل**) القضاء خلافاً للشافعي (**ويختار الأقدر والأولى**) لما صح عنه عليه الصلاة والسلام أنَّه قال: من استعمل رجلاً على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة

خاف الحيف، والعجز عن القيام به ولا بأس به لمن يثق من نفسه بأداء فرضه ومن تعين

حفظه لجميع القرآن، ولا لبعضه عن ظهر القلب، بل أن يعرف مظان إحكامها في أبوابها فيراجعها وقت الحاجة، ولا يشترط التحرر في هذه العلوم ولا بد له من معرفة لسان العرب لغةً وإعراباً.

وأما الاعتقاد فيكفيه اعتقاد جازم ولا يشترك معرفتها على طريق المتكلمين وأدلتهم، لأنها صناعة لهم، ويدخل في السنة أقوال الصحابة، فلا بد من معرفتها لأنَّه قد يقيس مع وجود قول الصحابي، ولا بد له من معرفة عرف الناس، وهو معنى قولهم: لا بد أن يكون صاحب قريحة، فأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفتٍ، والواجب عليه أنْ يذكر قول المجتهد: كأبي حنيفة رحمه الله على جهة الحكاية نعرف أنَّ ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي، وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد الأمرين إما أنْ يكون له سند فيه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لأنَّه بمنزلة الخبر المتواتر والمشهور وتمامه في البحر فليطالع وفي الخانية أنَّ اختلاف أئمة الهدى توسعة على الناس فإذا كان الإمام في جانب وهما في جانب خير المفتي وإن كان أحدهما مع الإمام أخذ بقولهما: إلاَّ إذا اصطلح المشائخ على قول الآخر: فيتبعهم كما اختار الفقه أبو الليث قول زفر في مسائل وصحح في السراج أنَّ المفتي يفتي بقول الإمام على الإطلاق ثم بقول أبي يوسف، ثم يقول محمد: ثم بقول زفر: والحسن بن زياد ولا يخير إذا لم يكن مجتهداً وإذا اختلف يتبع مفتيان قول الأفقه، وفي المنح وإنْ خالف أبا حنيفة صاحباه فإنْ كان اختلافهم اختلاف عصر، وزمان كالقضاء بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبه لتغير أحوال الناس وفي المزارعة والمعاملة، ونحوهما يختار قولهما: ويجوز للشاب الفتوى إذا كان حافظاً للروايات وآنفاً على الدرايات محافظاً على الطاعات مجانباً للشهوات، والعالم كبير وإن كان صغيراً والجاهل صغير وإن كان كبيراً (**فيصح تقليد الجاهل**) عندنا لأنَّ المقصود من القضاء إيصال الحق إلى مستحقه وذلك يحصل بالعمل بفتوى غيره (**ويختار**) المقلد (**الأقدر والأولى**) لأنَّه خليفة رسول الله عليه الصلاة والسلام في القضاء وفي الإصلاح، وعند الشافعي لا يصح تقليد الفاسق والجاهل، وما قاله كان أحوط في زمانه وفي زماننا الإحتياط فيما قلنا لأنَّ في اشتراط العلم والعدالة سد باب القضاء انتهى (**وكره التقلد لمن خاف الحيف، والعجز عن القيام به**) أي كره قبول تقليد القضاء لخوف الجور أو عدم إقامة العدل لعجزه فعلى هذا لو قال: لمن خاف الحيف أو العجز لكان أولى لأنَّ أحدهما يكفي كما في البحر، (**ولا بأس به**) أي بالتقليد (**لمن يثق من نفسه بأداء**

. . . .

المسلمين (**وكره التقلد لمن خاف الحيف والعجز عن القيام به ولا بأس به لمن يثق من نفسه بأداء فرضه**

له فرض عليه ولا يطلب القضاء ولا يسأله ويجوز تقلده من السلطان الجائر ومن أهل

فرضه) لأنَّ كبار الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم أجمعين تقلدوه، وكفى بهم قدوة وقيل: لا يجوز الدخول مطلقاً بلا إجبار لقوله عليه الصلاة والسلام: «من ابتلى بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين»[1]، وقد روي أنَّ الإمام دعي للقضاء ثلاث مرات فأبى حتى حبس وجلد في كل مرة ثلاثون سوطاً حتى قال له أبو يوسف: لو تقلدت لنفعت الناس فنظر إليه شبه المغضب فقال: لو أمرت أن أقطع البحر سباحة لكنت أقدر عليه. فقال أبو يوسف: البحر عميق والسفينة وثيق، والملاح عالم فقال الإمام: كأني بك قاضياً، وذكر البزازي في مناقبه أقوالاً حاصلة، أنّ الإمام لم يقبل القضاء ومات على الآباء وأنَّه رحمه الله تعالى أحس بموته وسجد فخرجت روحه ساجداً سنة خمسين، ومائة روح الله روحه وزاد في أعلى غرف الجنان فتوجه ومن غريب ما وقع أنَّه جيء بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه إلاّ بعد العصر، واستمر الناس يصلّون على قبره الشريف عشرون وحرر من صلى عليه خمسون ألفاً وفي الهداية والكافي، والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً في إقامة العدل بحديث عدل ساعة خير من عبادة سنة والترك عزيمة لأنَّه مأمور بالقضاء بالحق وربما يظن في الابتداء أنَّه يقضي بالحق، ثم لا يقدر عليه في الإنتهاء ولأنَّه لا يمكنه القضاء بالحق إلاَّ بإعانة غيره ولعل غيره لا يعينه **(ومن تعين له)** أي للقضاء أو تعين القضاء له **(فرض عليه)** صيانةً لحقوق العباد ودفعاً لظلم الظالمين، وفي البحر أنَّه فرض عين أنْ تعين، وفرض كفاية عند وجود غيره يعني إنْ كان في البلد قوم صالحون له فامتنعوا عنه أثموا كلهم إن لم يقدر السلطان فصل القضايا **(ولا يطلب القضاء ولا يسأله)** أي من صلح للقضاء ينبغي أن لا يطلب بقلبه، ولا يسأله بلسانه لما رويَّ انه عليه الصلاة والسلام قال: «من سأل القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده أي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب».

وكذا لا يسأله الإمارة **(ويجوز تقلده من السلطان الجائر)** أي الظالم لأنَّ علماء السلف تقلدوا القضاء من الحجاج مع أنَّه أظلم زمانه **(ومن أهل البغي)** وهم الذين خرجوا عن طاعة الإمام لأنَّ الصحابة تقلدوه من معاوية في نوبة علي رضي الله تعالى عنه، وكان الحق بيد علي، وقد قال علي رضي الله تعالى عنه: إخواننا بغوا علينا، قال أبو الليث: المتغلب إذ وليَّ رجلاً

. . . .

ومن تعين له فرض عليه) كما مر **(ولا يطلب القضاء)** بقلبه **(ولا يسأله)** بلسانه إذ طالب الولاية لا يولى إلاَّ إذا تعين أو شرط أو ادعاء العزل بلا حجة، **(قلت)**: واستحب بعضهم طلب الفضاء لحامل الذكر لنشر العلم كما في النهر **(ويجوز تقلده من السلطان الجائر)** لتقلد السلف من الحجاج، **(و)** كذا **(من**

---

(١) أخرجه الترمذي (أحكام، ١)، وأبو داود (أقضية، ١)، وابن ماجه (أحكام، ١)، وأحمد بن حنبل (٢، ٢٣٠، ٣٦٥)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٢/ ١٧١.

البغي إلاَّ إذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق وإذا تقلد يسأل ديوان قاضٍ قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها ويبعث آمينين بقبضانها بحضرة المعزول أو أمينه وسألانه شيئاً فشيئاً ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة وينظر في حال

قضاء بلدة وقضى ذلك القاضي في مختلف فيه، ثم رفع إلى قاضٍ آخر فإنْ وافق رأيه أمضاه وإنْ خالف أبطله، وهي بمنزلة حكم المحكم، وفي العمادية التقلد من أهل البغي يصح وبمجرد استيلاء الباغي لا ينعزل قضاة العدل، ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعد ذلك لا ينفذ قضاياهم بعد ذلك ما لم يقلدهم سلطان العدل ثانياً، لأنَّ الباغي صار سلطاناً بالقهر والغلبة (**إلاّ إذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق**) استثناء من قوله الجائر وأهل البغي أي يجوز تقلده إلاّ إذا لم يمكنه الجائر وأهل البغي من القضاء بالحق، فحينئذ لا يجوز لأنَّ المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما إذا كان يمكنه (**وإذا تقلد**) أحد القضاء بعد عزل الآخر (**يسأل ديوان قاضٍ قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها**) من الصكوك وكتاب نصب الأولياء وتقدير النفقات لأنَّ الديوان وضع ليكون حجةً عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء، وهذا لأن القاضي يكتب نسختين إحداهما في يد الخصم، والآخر في ديوان القاضي، إذ ربما يحتاج إليها لمعنى من المعاني وما في يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان، فإنْ كان الورق من بيت المال فلا إشكال في وضعه في يد القاضي الجديد.

وكذا من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لأنَّه اتخذت تديناً لا تمويلاً (**ويبعث**) القاضي الجديد (**آمينين**) من ثقاته وهو أحوط، والواحد يكفي (**يقبضانها**) أي الخرائط (**بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه**) أي المعزول (**شيئاً فشيئاً**) للكشف لا للإلتزام على الغير (**ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة**) فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعان في خريطة وما كان من نصب الأوصياء يجمعان في خريطة، وما كان من نسخ الأوقاف يجمعان في خريطة، وما كان من الصكوك يجمعان في خريطة ليكون أسهل للتناول (**وينظر**) القاضي

. . . .

أهل البغي) ويصح عزلهم أيضاً (**إلاّ إذ كان لا يمكنه من القضاء بالحق**) فيحرم حينئذ عليه (**وإذا تقلد يسأل ديوان قاضٍ قبله و**) الديوان (**هو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها**) وأول من وضعه عمر رضي الله تعالى عنه وقال ابن الأثير: أنه فارسي معرب (**ويبعث أمينين بقبضانها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئاً فشيئاً**) استكشافاً للحال (**ويجعلان كل نوع من خريطة على حدة**) تيسيراً ويكفي الواحد، وأفاد أنَّه يجبر المعزول على دفع الديوان ولو ملكه أو ملك الخصم وهو الصحيح، وأنَّ للسلطان عزله بلا ريبة عن أبي حنيفة أنَّه لا يترك على القضاء أكثر من حول كيلا ينسى العلم. (**قلت**): فأفاد أنه لا ينبغي أن يشتغل بغير القضاء ولو درسا، ذكره القهستاني (**وينظر**) الجديد (**في حال**

المحبوسين فمن أقر بحق أو قامت عليه به بينة ألزمه ولا يعمل بقول المعزول وإلاَّ ينادي عليه ثم يخلي سبيله بعدما استظهر في أمره ويعمل في الودائع وغلات الوقف بالبينة أو بإقرار ذي اليد لا بقول المعزول إلاّ إذا أقر ذو اليد بالتسليم منه ويجلس للحكم جلوساً

الجديد (**في حال المحبوسين**) لأنَّه نصب ناظراً للمسلمين والمراد المحبوس في سجن القاضي فيبعث القاضي ثقة يحصيهم في السجن، ويكتب أسماءهم وأخبارهم، وسبب حبسهم، ومن حبسهم (**فمن أقر بحق أو قامت عليه به**) أي بالحق (**بينة ألزمه**) لأنَّ كلاًّ منهما حجة ملزمة وليس المراد بقوله ألزمه الحكم عليه.

وإنما المراد ألزمه الحبس أي أدام حبسه وتمامه في البحر فليطالع (**ولا يعمل بقول المعزول**) فلو قال: حبسته بحق عليه لا يقبل قوله، وكذا لو قال: كنت حكمت عليه لفلان بكذا وعلله في الدرر بأنَّه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصاً إذا كانت بفعل نفسه (**وإلاَّ ينادي عليه**) أياماً فإنْ حضر أحد وادعى وهو على إنكاره ابتدأ الحكم بينهما وإلاّ تأتي في ذلك أياماً على حسب ما يرى القاضي (**ثم يخلي سبيله**) أي إنْ لم يحضر أحد بعد النداء لكن (**بعدما استظهر في أمره**) وفي الاختيار وإنْ لم يحضر لا يحليه حتى يستظهر في أمره فيأخذ منه كفيلاً بنفسه على الصحيح إتفاقاً فإنْ قال: لا كفيل لي فينادي شهراً فإنْ لم يحضر أحد أطلقه (**ويعمل**) أي يعمل القاضي الجديد (**في الودائع وغلات الوقف**) التي وضعها المعزول في أيدي الأمناء (**بالبينة أو بإقرار ذي اليد**) لأن إقرار غيره غير مقبول قيد بغلات الوقف لأنَّه لا يعمل بإقرار ذي اليد في أصل الوقف إذا جحده الوارث ولا بينة، ولو قال المعزول: إنْ هذا وقف فلان بن فلان سلمته إلى هذا، وأقر ذو اليد، وكذبه الوارث لم يقبل قول القاضي وذي اليد إنْ لم يقم عليه البينة كما في البحر (**ولا بقول المعزول إلاّ إذا أقر ذو اليد بالتسليم منه**) أي من المعزول بإقراره ثبت أنَّ اليد كان للمعزول سابقاً فصح إقرار المعزول كأنَّه في يده حالاً لأنَّ من كان بيده حقيقةً يقبل إقراره.

....

المحبوسين(في سجن القاضي. وأما المحبوس في سجن الوالي فعلى الإمام النظر في أحوالهم، فمن لزمه أدبه وإلاَّ أطلقه ولا يبيت أحد في قيد إلاَّ رجلاً مطلوباً بدم ونفقة من ليس له مال في بيت المال كما في البحر، (**فمن أقر بحق أو قامت عليه به بينة الزمه**) الحبس، ذكره المنلا مسكين وقيل: الحق (**ولا يعمل بقول المعزول**)، ولو مع آخر لأنَّه على فعل نفسه كما في النهر والقهستاني عن المبسوط (**قلت**): لكن أفتى قاريء الهداية وابن نجيم بقبولها فليحفظ. وفي الخلاصة وأجمعوا على أنَّه لا يعمل بما يوجد في ديوانه ولو مختوماً، وأما في ديوان نفسه فإنْ ذاكراً عمل وإلاَّ لا، (**وإلاَّ ينادي عليه**) أياماً بقدر ما يرى فإنْ حضر خصمه جمع بينهما وإلاَّ يأخذ كفيلاً بنفسه إنْ وجده فإن أبى نادى عليه شهراً (**ثم يخلى سبيله بعد ما استظهر في أمره بما ذكرنا فإذا لم يظهر خصمه يأخذ كفيلاً بنفسه**) ثم يطلقه (**ويعمل في الودائع وغلات الوقف**) التي وضعها المعزول في أيدي الأمناء (**بالبينة أو بإقرار ذي اليد**) فإنه الحجة (**لا بقول المعزول**) إلاَّ مع آخر (**قلت**): وظاهر الدرر ولو مع آخر، وقد مرَّ (**إلاَّ إذا أقرَّ ذو اليد بالتسليم منه**) فيقبل

ظاهراً في المسجد والجامع أولى ولو جلس في داره وأذن في الدخول فلا بأس به ولا يقبل هدية إلاّ من قريبه أو من جرت عادته بمهاداته إن لم يكن لهما خصومة ولم يزد على

فكذا إذا كان في يد مودعه لأنَّ يده كيد المودع إلاَّ إذا بدأ صاحب اليد بالإقرار لغيره، ثم أقرَّ بتسليم القاضي إليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم إلى المقر له الأول ويضمن المقر قيمته للقاضي بالإقرار وجعل صاحب العناية، وغيره هذه المسألة على خمسة أوجه فليراجع (**ويجلس**) القاضي (**للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد**) بهيئة يعلم الناس أنَّه جلس لفصل الخصومات لا لعبادة أخرى لأنَّ النبي عليه السلام جلس فيه للحكم وقال: «إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى»، والحكم الحديث فسوي بينهما فكان القضاء عبادة فلا منع لحضور المشرك فيه لأنَّ نجاسته في اعتقاده لا في ظاهره. والحائض تمنع عن الدخول، لكن تقطع خصومتها في باب المسجد (**والجامع أولى**) من المسجد لأنَّه غير خفي على الغرباء وغيرهم، هذا إذا كان الجامع وسط البلد وإلاَّ فيختار الوسط منهما، وقال الشافعي: يكره الجلوس للقضاء في المسجد لأنَّه يحضره المشرك وهو نجس (**ولو جلس في داره وأذن**) للناس (**في الدخول**) فيها إذناً عاماً ولا يمنع أحداً لأنَّ لكل أحد حقاً في مجلسه (**فلا بأس به**) لأنَّ الحكم عبادة فلا يختص بمكان، لكن الأولى أنْ تكون الدار في وسط البلد ويجلس معه من كان في المجلس ولا يجلس وحده لأنَّه يورث التهمة، وتبعد عند الأعوان لأنَّه أهيب، ولا يحكم وهو ماشٍ أو قائم أو مشغول بشيءٍ آخر، وتجوز أنْ يحكم وهو متكيء ولكن القضاء مستوي الجلوس أفضل تعظيماً لأمر القضاء، ويستحب أنْ يقعد معه أهل العلم إنْ لم يكن عالماً بأحوال القضاء لكن لا يشاوره عند الخصوم بل يخرجهم أو يبعدهم ثم يشاوره، وينبغي للقاضي أنْ يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ونسبته إلى أنَّه جارٍ عليه، ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء وينبغي للقاضي أنَّه إذا اختصم إليه أخوان أو بنو الأعمام أنْ لا يعجل بالقضاء عليهم فيدافعهم قليلاً كي يصطلحوا لأنَّ القضاء ولو بحق ربما يكون سبباً للعداوة، وفي البزازية قضى القاضي بحق، ثم أمره أنْ يستأنف القضية ثانياً بمحضر من العلماء لا يفرض ذلك على القاضي (**ولا يقبل**) القاضي (**هدية**) ولو قليلة لأنَّ قبولها يؤدي إلى مراعاة المهدي، فإنْ كان المهدي يتأذى بالرد يقبلها ويعطيه مثل قيمتها كما في الخلاصة (**إلاّ**) أي له أنْ لا يردها (**من قريبه**) وهو ذو الرحم المحرم لأنَّ في ردها عليهم قطيعة رحم وهيَّ

. . . .

قوله فيهما، إلاَّ إذا بدا ذو اليد بالإقرار للغير، ثم أقر بتسليم القاضي إليه فأقرَّ القاضي بأنها لآخر، فيسلم للمقر له الأول ويضمن المقر قيمته أو مثله للقاضي بإقراره الثاني يسلمه لمن أقر له القاضي (**ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد والجامع أولى**) لو في وسط البلد وإلاَّ فمسجد في وسطها تيسيراً للناس ويستدبر القبلة كخطيب ومدرس كما في الخانية (**ولو جلس في داره وأذن في الدخول**) عموماً (**فلا بأس به**)، وكذا السلطان والمفتي والفقيه (**ولا يقبل هدية**) لتنكير للتقليل، ذكره ابن

العادة ويحضر الدعوة العامة لا الخاصة وهي مالاً يتخذ إنْ لم يحضر ويشهد الجنازة ويعود المريض ويتخذ مترجماً وكاتباً عدلاً ويستوي بين الخصمين جلوساً وإقبالاً ونظراً

حرام **(أو من جرت عادته بمهاداته)** قبل القضاء من الأجنبي لعدم التهمة **(إن لم يكن لهما)** أي للقريب أو من جرت عادته بمهاداته **(خصومة ولم يزد على العادة)** حتى لو كان لهما خصومة أو زادت على العادة يردها كلها في الأول، وما زاد عليها في الثاني وقيده فخر الإسلام بأن لا يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله لا بأس بقبوله. وفي البحر للقاضي أنْ يقبلها من السلطان ومن حاكم بلده، واقتصر في التتار خانية على من ولاه وفي الخانية ويجوز للإمام والمفتي قبول الهداية، وإجابة الدعوة الخاصة **(ويحضر الدعوة العامة)** لعدم كونها للقضاء إلاَّ إذا كان صاحب العامة أحد الخصمين **(لا الخاصة)** لأنَّها جعلت لأجله ولم يفصل في الخاصة بين أنْ يكون من القريب أو من غيره، أو ما إذا جرت له عادة بها أو لم تجر، وفي الكافي وإن كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه بلا خلاف.

كذا ذكره الخصاف وذكر الطحاوي أنَّ على قولهما: لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد: يجيب، **(وهي)** الدعوة الخاصة **(ما لا يتخذ إنْ لم يحضر)** القاضي فإنَّ علم المضيف أنَّ القاضي إذا لم يحضرها لا يتركها فعامة، وقيل: إن جاوز العشرة فعامة وإلاَّ فخاصة، وقيل: دعوة العرس والختان عامة وما سواهما خاصة **(ويشهد الجنازة ويعود المريض)** لأنَّ هذا من حق المسلم على المسلم، ففي الحديث: للمسلم ست حقوق إذا دعاه يجيبه وإذا مرض يعوده وإذا مات يحضره وإذا لقيه يسلم عليه وإذا استنصحه ينصحه وإذا عطس يشتمه وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يمكث في ذلك المحل، هذا إذا لم يكن المريض أحد الخصمين وإن كان أحدهما ينبغي أنْ لا يعود **(ويتخذ مترجماً وكاتباً عدلاً)** له معرفة بالفقه ويجلس ناحية عن القاضي حيث يراه حتى لا يخدع بالرشوة **(ويستوي)** القاضي **(بين الخصمين جلوساً)** أي من حيث الجلوس بين يديه غير متربعين، ولا مقعدين ولا مختبين ويكون بين

. . . .

الكمال، وهو ما يعطي بلا شرط إعانة بخلاف الرشوة، ذكره ابن الملك **(إلاَّ)** إذا تأذى المهدي بالرد فيعطيه مثل قيمتها كما في الخلاصة، ولو تعذر الرد لعدم معرفته أو بعد مكانه وضعها في بيت المال، ومن خصوصياته عليه الصلاة والسلام أنَّ هداياه له كما في التتار خانية، **(قلت)** ومفاده ليس للإمام قبول الهدية لنفسه وإلاَّ لم يكن خصوصية وأنَّها تجوز للإمام والمواعظ والمفتي أو **(من قريبه)** أو المحرم أو السلطان والباشا كما في الأشباه **(أو من جرت عادته بمهاداته)** فهذه خمس صور، وهذا بشرطين **(إن لم يكن لهما)** أي للقريب والمهدي **(خصومة و)** الثاني إنْ **(لم يزد)** في الهداية **(على العادة)** وإلاَّ كان أكلاً بقضائه ويرده لزيادة، ولو له خصومة رداً لكل كما في البرهان **(ويحضر الدعوة العامة لا الخاصة وهي ما لا يتخذ إنْ لم يحضر)** ولم من محرم أو معتاد، وقيل: هي كالهدية **(ويشهد الجنازة ويعود المريض)** واعلم أنَّ هذا كله إذا لم يكن لهم ولا عليهم دعوى كما في المواهب والبرهان، وأقره الشرنبلالي

ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يضيفه دون الآخر ولا يضحك إليه ولا يمزح معه ولا يلقنه حجته ويكره تلقينه الشاهد بقوله: أتشهد بكذا واستحسنه أبو يوسف في غير موضع

القاضي وبينهما قدر ذراعين من غير أن يرفعا أصواتهما وتقف أعوان القاضي بين يديه ويمنعون الناس عن التقدم، أطلق في التسوية بينهما فشمل السلطان، والشريف والوضيع والأب والإبن والصغير والكبير والذمي والعبد والحر، وإنما قلنا بين يديه لأنَّه لو أجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فتفوت التسوية. وكذا لو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره لأنَّ جانب اليمين أفضل. وفي البحر نقلاً عن الفتاوى الكبرى: خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أنْ يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض، ثم يقضي بينهما، انتهى وحكى أنَّ أبا يوسف وقت موته قال: اللهم إنك تعلم أني لا أميل إلى أحد الخصمين حتى بالقلب إلاَّ في خصومة النصراني مع الرشيد ولم أسوِ بينهما وقضيت على الرشيد، ثم بكى **(وإقبالاً ونظراً)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا ابتليَّ أحدكم بالقضاء فليسوا بينهم في الجلوس والنظر والإشارة ولا يرفع صوته على أحد الخصمين دون الآخر»، ولأنَّ في عدم التسوية كسر قلب الآخر **(ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه)** أي لا يكلم القاضي أحد الخصمين سراً ولا يشير إليه بيده ولا برأسه ولا بعينه ولا بحاجبيه **(ولا يضيفه)** أي أحد الخصمين **(دون الآخر)**، وفيه إشارة إلى أنَّه لو أضافهما معاً فلا بأس به **(ولا يضحك إليه)** أي إلى أحدهما **(ولا يمزح معه)** أي مع أحدهما، ولا يتلطف به **(ولا يلقنه حجته)** لأنَّ هذه الأشياء كلها تهمة وعليه الإحتراز عنها، ولأنَّ فيه كسر القلب للآخر **(ويكره تلقينه)** أي تلقين القاضي **(الشاهد بقوله: أتشهد بكذا)** لأنَّ الشاهد يستفيد من قول القاضي: زيادة علم فتوجد إعانته وهي تهمة **(واستحسنه)** أي التلقين **(أبو يوسف في غير موضع التهمة)** لأنَّه قد يقول أعلم مكان أشهد لمهابة المجلس، وهو نوع رخصته عنده رجع إليه بعد ما تولى القضاء، والعزيمة فيما قالا لأنَّه لا يخلو عن نوع تهمة وفي الفتح وظاهر الجواب ترجيح ما روي عن أبي يوسف، وفي القنية الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته.

وأما إفتاء القاضي فالصحيح أنَّه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره لكن لا يفتي أحد

. . . .

فليحفظ **(ويتخذ مترجماً أو كاتباً عدلاً ويسوى بين الخصمين جلوساً وإقبالاً ونظراً)** وإشارة **(ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يضيفه دون الآخر ولا يضحك إليه)** وكذا القيام له بالأولى ولو فعله معهما جاز، **(ولا يمزح معه)** ولا مع غيره في مجلس الحكم مطلقاً كما في التنوير ويأتي **(ولا يلقنه حجته ويكره تلقينه الشاهد بقوله؛ أتشهد بكذا واستحسنه)** أي تلقين الشهادة لا الحجة **(أبو يوسف في غير موضع التهمة)** والفتوى على قوله: فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته، وتمامه فيما حررته على التنوير

التهمة ولا يبيع ولا يشتري في مجلسه ولا يمازح فإنْ عرض له هم أو نعاس أو غضب أو جوع أو عطش أو حاجة كف عن القضاء وإذا تقدم إليه الخصمان فإنْ شاء قال لهما ما لكما وإن شاء سكت وإذا تكلم أحدهما أسكت الآخر.

الخصمين قيد بالشاهد البيان لأنَّه لا يلقن المدعي بالأولى وفي الخانية فإنْ أمرَّ القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة، فلا بأس به خصوصاً على قول أبي يوسف **(ولا يبيع)** القاضي **(ولا يشتري في مجلسه)** أي في مجلس القضاء وأطلقه في البحر فقال: ولا في غيره هو الصحيح لأنَّ الناس يتساهلون لأجل القضاء، هذا إذا كان يكفي المأونة من بيت المال أو يعامل من بجانبه وإلاَّ لا يكره، ولو باع مال المديون أو الميت لا يكره **(ولا يمازح)** لإذهابه هبة القضاء **(فإنْ عرض له)** أي للقاضي **(هم أو نعاس أو غضب أو جوع أو عطش أو حاجة)** بشربة **(كف عن القضاء)**، قال عليه الصلاة والسلام: «لا يقضي القاضي وهو غضبان»[1]، وفي رواية وهو شبعان ولأنَّه يحتاج إلى التفكر وهذه الأعراض تمنع صحة التفكر فلا يؤمن عن الوقوع في الخطأ ويكره له صوم التطوع يوم القضاء لأنَّه لا يخلو عن الجوع، ولا يتعب نفسه بطول الجلوس ويقعد طرفي النهار وإذا طمع في إرضاء الخصوم ردهما مرةً أو مرتين وإنْ لم يطمع أنفذ القضاء بينهما فإنَّ تأخيره بعد ما ثبت ظلم، وفي التبيين وغيره القضاء واجب على القاضي بعد ظهور عدالة الشهود حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر، ويكفر إنْ لم يعتقد افتراض القضاء بعد توفر شرائطه **(وإذا تقدم إليه الخصمان فإنْ شاء قال لهما)** أي للخصمين **(ما لكما وإن شاء سكت)** والسكوت أحسن كيلا يكون تهيجاً للخصومة وقد قعد لقطعها **(وإذا تكلم أحدهما أسكت الآخر)** لأنَّهما إذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم.

. . . .

(ولا يبيع ولا يشتري في مجلسه) أي مجلس القضاء ولا في غيره على الصحيح كما في المواهب والبرهان.

وكذا لا يمزح فيه أحداً مطلقاً لذهابه بمهابته **(فإن عرض له هم أو نعاس أو غضب أو جوع أو عطش أو حاجة كف عن القضاء)** لانعدام اعتدال الحال **(وإذا تقدم إليه الخصمان فإنْ شاء قال لهما: ما لكما وإنْ شاء سكت)** وإذا تكلم أحدهما أسكت الآخر.

---

(١) أخرجه البخاري (أحكام، ١٣)، ومسلم (أقضية، ١٦)، وأبو داود (أقضية، ٩)، والترمذي (أحكام، ٧)، والنسائي (قضاة، ٣٢)، وابن ماجه (أحكام، ٤)، وأحمد بن حنبل (٥، ٣٦ـ٣٨، ٤٦، ٥٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٤/٥٢٦.

فصل

وإذا ثبت الحق للمدعي وطلب حبس خصمه فإن ثبت بالإقرار لا يحبسه إلاّ إذا أمره بالأداء فأبى وإن ثبت بالبينة حبسه قبل الأمر بالدفع وقيل لا فإنْ ادعى الفقر حبسه

فصـــل

في الحبس لما كان الحبس من أحكام القضاء وتعلق به أحكام أفرده في فصل على حدة وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة (**وإذا ثبت الحق للمدعي وطلب**) المدعي (**حبس خصمه فإنْ ثبت بالإقرار لا يحبسه**) أي لم يعجل بحسبه إذا لم يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال (**إلاّ إذا أمره بالأداء فأبى**) فحينئذ يحبسه لظهور المماطلة (**وإن ثبت**) أي **الحق** الذي ادعاه ولو دانقا (**بالبينة حبسه قبل الأمر بالدفع**) إن طلب الخصم حبسه لظهور المطل بالإنكار. وقال شريح: يحبسه من غير طلبه (**وقيل لا**) يحبس قبل الأمر بالدفع لأنَّه إذا ثبت بالبينة ربما تعلل به ويقول: ما علمت إلاَّ الساعة بخلاف الإقرار، لكن الأول مختار صاحب الهداية وهو المذهب وصفة الحبس أن يكون في موضع ليس به فراش ولا طاق ولا يمكن أحداً أن يدخل **عليه للاستيناس** إلاَّ أقاربه وجيرانه، ولا يمسكون عنده طويلاً ولا يخرج لجمعة وعيد، ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو بكفيل كما في التبيين، لكن في الخلاصة يخرج بالكفيل لجنازة الأصول والفروع، وفي غيرهم لا يخرج، وعليه الفتوى، ولا يخرج لموت قريبه إلاَّ إذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد، وفي رواية يخرج وإنْ وجد من يجهزه ولا يضرب المحبوس لأجل الدين إلاَّ إذا امتنع من الإنفاق على قريبه فيضرب، ولا يغل إلاَّ إذا خيف أنَّه يفر فيقيده، ولا يجرد ولا يقام بين يدي صاحب الحق إهانة وتعيين مكان الحبس للقاضي إلاّ إذا طلب المدعي مكاناً آخر (**فإنْ ادعى الفقر حبسه في كل ما لزمه بدل مال**) ولا يلتفت إلى قوله: (**كالثمن**) أطلقه فشمل الأجرة الواجبة لأنَّها ثمن المنافع، وشمل ما على المشتري وما على البائع بعد فسخ البيع بينهم بإقالة أو خيار وشمل رأس مال السلم بعد الإقالة وما إذا قبض المشتري المبيع أولاً كما في البحر، (**والقرض**) لثبوت غنائه بحصول المال في الصورتين (**أو**) لزمه (**بالتزامه كالمهر المعجل**) قيد بالمعجل لأنَّه لا يحبس في المؤجل، ويصدق في الإعسار وعليه الفتوى،

. . . .

فصـــل

(**وإذا ثبت الحق للمدعي وطلب حبس خصمه فإنْ ثبت بالإقرار لا يحبسه إلاَّ إذا أمره بالأداء فأبى**) هو المعتمد خلافاً للدرر، والكنز وغيرهما (**وإن ثبت بالبينة حبسه**) أي بطلب المدعي (**قبل الأمر بالدفع وقيل: لا**) والأول أصح لظهور المطل بإنكاره (**فإن ادعى الفقر حبسه في كل ما**) أي دين (**لزمه بدل مال**) حصل له (**كالثمن**) ولو منفعة كالأجرة (**والقرض**) ولو لمذي (**أو بالتزامه**) بعقد (**كالمهر المعجل**) لأنَّ التزامه باختياره دليل يساره.

في كل ما لزمه بدل مال كالثمن والقرض أو بالتزامه كالمهر المعجل والكفالة لا فيما عدا ذلك إلاَّ إذا برهن خصمه إنَّ له مالاً ويحبسه مدة يغلب على ظنه أنَّه لو كان له مال لا

وفي الأصل لا يصدق بلا فصل بين مؤجله ومعجله كما في البزازية **(والكفالة)** إذ الإقدام على الالتزام دليل اليسار في الصورتين ويتمكن المكفول له من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثر. وفي الخانية رجح الإقتصار على الأول فقال وقال بعضهم: إنْ كان الدين واجباً بدلاً عما هو مال كالقرض، وثمن البيع فالقول قول مدعي اليسار، مروي ذلك عن الإمام وعليه الفتوى، وهو خلاف ما اختاره المصنف تبعاً للهداية وذكر في أنفع الوسائل أنَّه المذهب المفتى به فقد اختلف الإفتاء فيما التزمه بعقد، ولم يكن بدل مال، والعمل على ما في المتون لأنَّه إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون.

وكذا يقدم ما في الشروح على ما في الفتاوى وقيل القول للمديون في الكل، وقيل للدائن، في الكل وقيل: يحكم بالزي إلاَّ في الفقهاء، والعلوية كما في البحر **(لا فيما عدا ذلك)** أي لا يحبس المديون فيما سوى تلك المذكورات كبدل الغصب وضمان المتلفات وإرش الجنايات والسرقة والنفقة وإعتاق الإماء المشتركات وبدل الكتابات إنْ ادعى المديون الفقر لأنَّ الأصل في الآدمي العسرة، والمدعي يدعي أمراً عارضاً وهو الغناء، فلم يقبل منه **(إلاَّ إذا برهن خصمه أنَّ له مالاً ويحبسه)** أي القاضي المديون حينئذ **(مدة يغلب على ظنه أنَّه لو كان له)** أي للمديون **(مال لا ظهره هو الصحيح)** وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء من التقدير بشهرين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة أو شهر اتفاقي، وليس بتقدير حتماً **(وقيل)** يحبسه **(شهرين أو ثلاثة)** والصحيح الأول لما بيناه ولو قال المديون حلفه أنَّه ما يعلم أني معسر يحبسه القاضي إلى ذلك ويحلفه أنَّه ما يعلم إعساره فإنْ حلف حبسه بطلبه وإنْ نكل لا يحبسه، والمراد من الغناء قدرة الآن على قضاء الدين، فلو كان

. . . .

وأما المؤجل ولو بعد الدخول فالقول له في عسرته، إذ لا دلالة هنا على قدرته كما في البرهان وغيره، **(و)** دين **(الكفالة)** ولو بالدرك أو كفيل الكفيل وإنْ كسروا كما في البزازية. **(قلت)**: وهذا هو المعتمد خلافاً لفتوى قاضيخان لتقدم المتون والشروح على الفتاوى كما في البحر، فليحفظ نعم عده في الاختيار لبدل الخلع عنا خطأ وإن تبعه بعض شراح هذا الكتاب فتنبه وزاد القلانسي أنَّه يحبس أيضاً في كل عين يقدر على تسليمها كالعين المغصوبة **(لا)** يحبس **(فيما عدا ذلك)** إن ادعى الفقر. **(قلت)**: وهو تسع صور منها النفقة وبدل الخلع والمهر المؤجل ولو بعد الطلاق، وتمامه فيما علقته على التنوير ومنه ما لو اختلفا هل هو بدل مال أم لا، فالقول للمديون، والبينة للدائن كما بحثه الطرسوسي وأقره في النهر فليحفظ **(إلاَّ إذا برهن خصمه أنَّ له مالاً)** بقي كما في البرهان ولو باقتراض أو بتقاضي غريمه فيحبسه **(ويحبسه مدة يغلب على ظنه أنَّه لو كان مال لا ظهره)** بلا تقدير **(هو الصحيح وقيل)**: يحبسه **(شهرين أو ثلاثة فإنْ لم يظهر له مال خلي سبيله)** بلا كفيل إلاَّ في ثلاث: مال يتيم ووقف ودائن غائب، ثم لا يحبسه ثانياً للأول ولا لغيره **(إلاَّ أنْ يبرهن خصمه على يساره)** بعد ذلك **(فيؤبد حبسه)** ولا يجوز

ظهره هو الصحيح وقيل شهرين أو ثلاثة، فإن لم يظهر له مال خلّى سبيله أن يبرهن خصمه على يساره فيؤبد حبسه ولا تسمع البينة على إعساره قبل حبسه عليه عامة

للمحبوس مال في بلدٍ آخر يطلقه بكفيل، وإنْ علم القاضي عسرة لكن له مال على آخر يتقاضىٰ غريمه فإنْ حبس غريمه الموسر لا يحبسه كما في البزازية. وفي البحر وظاهر كلامهم أنَّ القاضي لا يحبس المديون إذا علم أنَّ له مالاً غائباً أو محبوساً موسراً وأنَّه يطلق إذا علم بأحدهما ثم يسأل القاضي عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من جيرانه فإنْ قامت على إعساره أطلقه ولا يحتاج إلى لفظ الشهادة وشرطه، والصغرى في العدل الواحد يكفي والإثنان أحوط وكيفيته أن يقول المخبر إنَّ حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته، وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية، ولا يشترط لسماعها حضور ربِّ الدين فإنْ كان غائباً سمعها وأطلقه بكفيل كما في البزازية (**فإن لم يظهر له**) أي للمحبوس (**مال**) بعد سؤاله عنه (**خليَّ سبيله**) أي خلى القاضي المحبوس لأنَّ عسرته ثبتت عنده فاستحق النظر إلى الميسرة للآية فحبسه بعده يكون ظلماً (**أن يبرهن خصمه على يساره**) بشهادة عدلين أنَّه موسر قادر على قضاء الدين، ولا يشترط تعيين المال (**فيؤبد حبسه**) لظهور أنَّه يصر على ظلمه من منع حق أخيه فيجازي بتأبيد حبسه (**ولا تسمع البينة على إعساره قبل حبسه عليه عامة المشائخ**) هو الصحيح، لأنَّ البينة للإثبات لا للنفي إلاَّ إذا قام المدعي عليه بعد زمان على عسره، فتقبل لأنَّ العسار بعد اليسار أمر عارض أيضاً، فيخليه القاضي بلا كفيل إلاَّ في مال اليتيم ومال الوقف ومال الغائب فلا يطلقه إلاَّ بكفيل كما في المنح. وفي البزازية أطلق القاضي المحبوس لإفلاسه ثم ادعى آخر مالاً وادعى أنَّه موسر لا يحبسه حتى يعلم غناه (**ويحبس الرجل لنفقة زوجته**) لأنَّه ظالم بالامتناع عن الإنفاق فلا يحبس في النفقة الماضية لأنَّها تسقط بمضي الزمان، ولكن لا تسقط إنْ حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها، ولأنَّها ليست ببدل عن مال، ولا لزمته بعقد (**لا والد في دين ولده**) أي

إطلاقه إلاَّ في ثلاث: برضى خصمه أو بإثبات إعساره أو بإحضار الدين للقاضي في غيبة خصمه كما يعلم في الأشباه (**ولا تسمع البينة على إعساره**) وإفلاسه (**قبل حبسه عليه عامة المشائخ**) لقيامها على النفي، وقيل: الأصح قبولها ولكن المعول عليه رأيه فإنْ علم إعساره أو كان فقره ظاهراً يسأل عنه عاجلاً وقبل بينته، وخلى سبيله وإلاَّ لا كما في النهر ونحوه في البرهان فليحفظ. وفي البزازية والبرهان، والمنح وغيرها قال المديون: حلفه أنه ما يعلم أني معسر، أجابه القاضي: فإن حلف حبسه بطلبه وإنح نكل خلاه ولو برهنا فبينة يساره أحق إلاَّ إذا بين سبب إعساره وشهدوا به فتقدم لإثباتها أمراً عارضاً كما في الفتح والنهر، (**ويحبس الرجل لنفقة زوجته**) المعتدة وإن قلت: يعني إذا أبى أن ينفق عليها لأنَّه يحبس للنفقة الماضية وإنْ قضا بها لأنَّها ليست بدل مال ولا لزمته بعقد على ما مر إلاَّ إذا برهنت على يساره، وكالزوجة أصوله وفروعه. (**قلت**): فليحفظ هذا فقط غلط فيه بعضهم ولم أر حكم محرمه وظاهر التقييد يفيد النفي لكن يأتي عن البرهان ما يفيد التسوية فتدبر (**لا**) يحبس (**والد**) أي أصله وإنْ علا كما في البرهان، (**في دين ولده**) وإنْ نزل بل يقضي القاضي دينه من عين ماله أو قيمته،

المشائخ ويحبس الرجل لنفقة زوجته لا والد في دين ولده إلاّ إن أبى من الإنفاق عليه، ولو مرض في الحبس لا يخرج إن كان له من يخدمه فيه وإلاّ أخرج ولا يمكن المحترف

لا يحبس أصل في دين فرعه لأنّه لا يستحق العقوبة بسبب ولده سواء كان موسراً أو معسراً، لكن ينبغي أن يقيده بشيء، وهو إذا كان موسراً وامتنع من قضاء دين ولده، وقلنا لا يحبس فالقاضي يقضي دينه من ماله إنْ كان من جنسه وإلاّ باعه للقضاء كبيعه مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه، والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله، ولو قال المديون: أبيع عرضي وأقضي ديني أجله القاضي ثلاثة أيام، ولو له عقار يحبسه وليبيعه ويقضي الدين ولو بثمن قليل، قيد بدين الولد لأنَّ الولد يحبس بدين أصله ويحبس القريب بدين قريبه كما في البحر **(إلاّ إن أبى)** الوالد **(من الإنفاق عليه)** أي على الولد فإنَّه حينئذ يحبس لأنَّ النفقة لحاجة الوقت، وهو بالمنع قصد إهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه.

وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون إنْ لم يكن على لعبد دين، ولا يحبس العبد لدين المولى، والمولى يحبس بدين مكاتبه إذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وإنْ كان من جنسه لا يحبس، ولا يحبس المكاتب بدين الكتابة، ويحبس بدين آخر عليه **(ولو مرض)** المحبوس **(في الحبس لا يخرج)** من الحبس **(إن كان له من يخدمه فيه)** أي في الحبس لأنَّه شرع ليضجر قلبه فيتسارع إلى قضاء الدين، وبالمرض يزداد ضجره **(وإلاّ)** أي وإنْ لم يكن له من يخدمه فيه **(أخرج)** من الحبس بكفيل لئلا يهلك كما لو مرض مرضاً أضناه وهو مروي عن محمد، وعليه الفتوى، وعن أبي يوسف: لا يخرجه والهلاك في السجن وغيره سواء **(ولا يمكن المحترف من اشتغاله)** بالحرفة **(فيه)** أي في الحبس **(هو الصحيح)** وقيل: لا يمنع لأنَّ نفقته ونفقة عياله عسى تكون من ذلك، وفي القهستاني، ولا يواجره في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف: لو كان له عمل آجره وأدى دينه بما سوى قوته وقوت عياله **(ويمكن من وطء جاريته إن كان فيه)** أي في السجن **(خلوة)**، قال الزيلعي وغيره: إن احتاج إلى الجماع لا يمنع من دخول امرأته أو جاريته

. . . .

والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله كما في البحر فليحفظ. **(إلاّ إنْ أبى من الإنفاق عليه)** طفلاً **(قلت)**: وكذا كل من وجبت عليه نفقته لسقوطها بمضي الوقت فلو لم يحبس عليها تفوت بخلاف سائر الديون، كذا في البرهان، وذكروا في باب النفقة أنه يجير، وفي الأشباه: لا يضرب المحبوس إلاّ في ثلاث منها: الإنفاق على قريبه، انتهى. فأفاد أنَّه يجلس ويضرب أيضاً فتأمل **(ولو مرض في الحبس لا يخرج إنْ كان له من يخدمه فيه وإلاّ أخرج)** بكفيل في مرض مضنٍ وإلاّ لا به يفتي نعم لو له ديون أخرج ليخاصم ثم يحبس **(ولا يمكن المحترف من اشتغاله فيه هو الصحيح)** كما لا يمكن أحد أنْ يدخل عليه للاستئناس إلاّ أقاربه وجيرانه ولا يمكثون، ولا يخرج لجمعة ولا جماعة، ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة، ولو بكفيل كما في التنوير، قيل: إلاّ لأصوله وفروعه وعليه الفتوى كما في الخلاصة **(ويمكن من وطء جاريته إنْ كان فيه خلوة)** ومفاده أنَّ زوجته لا تحبس معه لو هي الحابسة له وهو الظاهر **(وإذا**

من اشتغاله فيه هو الصحيح ويمكن من وطء جاريته إن كان فيه خلوة وإذا تمت المدة ولم يظهر له مال خلّى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر ويأخذونه فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص والملازمة أنْ يدوروا معه حيث داره فإنْ دخل داره جلسوا على الباب ولو كان الدين لرجل على امرأته لا يلازمها بل يبعث امرأة تلازمها وقالا: إذا فلسه الحاكم يحول بينه وبين غرمائه إلى أنْ يبرهنوا أنَّ له مالاً.

عليه إنْ كان في السجن موضع سترة لأنَّ اقتضاء شهوة الفرج كإقتضا شهوة البطن وقيل: يمنع من الوطء لأنَّه من فضول الحوائج انتهى فعلى هذا المناسب للمصنف أن لا يقتصر على الجارية لأنَّه لا يمنع من وصول امرأته كذلك تدبر **(وإذا تمت المدة)** للحبس على الاختلاف **(ولم يظهر له مال خليَّ سبيله)**، هذا تكرار لكن ذكره توطئة لقوله: **(ولا يحول بينه وبين غرمائه)** بعد خروجه من الحبس عند الإمام **(بل يلازمونه)** لأنَّهم منتظرون إلى زمان قدرته على الإيفاء، وذلك ممكن في كل ساعة، فيلازمونه كيلا يخفيه ولأنَّه قد يكتسب فوق حاجته الدارة فيأخذونه منه فضل كسبه **(ولا يمنعونه من التصرف والسفر)** تفسير للملازمة يعني أنَّهم يدورون معه أينما دار ولا يمنعونه من التصرف والسفر كما في العناية **(ويأخذونه فضل كسبه)** بلا اختياره أو يأخذه القاضي **(ويقسم بينهم بالحصص)** لاستواء حقوقهم في القوة لكن المديون لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك **(والملازمة أن يدوروا معه حيث داره فإنْ دخل داره)** لا يدخلون معه و **(جلسوا على الباب)** إلى أن يخرج لأنَّ الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة **(ولو على الدين لرجل على امرأته)** والمسألة بحالها **(لا يلزمها)** لما فيه من الخلوة بالأجنبية **(بل يبعث امرأة)** أمينة **(تلازمها وقالا: إذا فلسه الحاكم)** أي إذا حكم بإفلاسه **(يحول بينه وبين غرمائه)** أي يأمره أن يتركوا ملازمته **(إلى أنْ يبرهنوا أنَّ له مالاً)** لأنَّ القضاء بالإفلاس عندهما يصح فتثبت العسرة وعند الإمام لا يتحقق القضاء بالإفلاس وفي قوله: إلاّ أنْ يبرهنوا إلى آخره إشارة إلى أنَّ بينة اليسار ترجح على بينة العسار لأنَّها أكثر إثباتاً.

. . . .

تمت المدة ولم يظهر له مال خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه بل يلازمونه) نهاراً لا ليلاً إلاّ أن يكتسب فيه **(ولا يمنعونه من التصرف والسفر ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص والملازمة)**، هي **(أن يدوروا معه حيث دار فإنْ دخل داره جلسوا على الباب ولو كان الدين لرجل على امرأة لا يلازمها، بل يبعث امرأة تلازمها)** ولو بأجرة، **(وقالا إذا فلسه الحاكم)** بأنْ حكم بإفلاسه **(يحول بينه وبين غرمائه إلى أنْ يبرهنوا أنَّ له مالاً)** فلا يلازمونه قبله ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة خير الطالب إلاّ لضرر كما في حجر الهداية، أو كلفه في البزازية للكفيل بالنفس وللطالب ملازمته بلا أمر قاضٍ ولو مقر بحقه، انتهى.

فصل

إذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر حكم بها وكتب بالحكم وهو السجل،

فصــل

وإنما أخره عن الحبس لأنَّه لما كان لا يتحقق في الوجود إلا لقاضيين كان مركباً بالنسبة إلى ما قبله، والبسيط قبل المركب وترك قوله إلى القاضي كما في أكثر الكتب، لأنَّ هذا الفصل غير مختص به، بل بين فيه السجل، والمحضر والصك والوثيقة **(إذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر حكم)** أي القاضي **(بها)** أي بشهادتهم لوجود الحجة، وشرط الحكم، وهو حضور الخصم والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلاً من جهة المدعي عليه أو مسخراً، وهو من نصبه القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الدعوى عليه وإلاَّ لو أراد بالخصم المدعي عليه لم تبق حاجة إلى الكتاب إلى القاضي الآخر لأنَّ الخصم حاضر عند القاضي، وقد حكم عليه كما في البحر وغيره، لكن لا يخفى ما فيه من التكلف والأحسن أنْ يقال: إنَّ هذا توطئة لقوله: وإنْ شهدوا على غائب لا يحكم وليس بمقصود بالذات كما في الدرر **(وكتب)** القاضي **(بالحكم)** لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان، وليكون الكتاب مذكراً لها وإلاَّ فلا يحتاج إلى كتابة الحكم لأنَّه قد تم بحضور الخصم بنفسه، أو من يقوم مقامه **(وهو)** أي كتاب الحكم **(السجل)** الحكمي لأنَّه سجله أي أحكمه بالحكم وفي المصباح السجل كتاب القاضي، وسجل القاضي بالتشديد قضيَ وحكم وأثبت حكمه في السجل، وفي البحر فالسجل الحجة التي فيها حكم القاضي، ولكن هذا وفي عرفنا السجل كتاب كبير يضبط فيه وقائع الناس وما يحكم به القاضي وما يكتب عليه **(وإن شهدوا على)** الخصم **(الغائب)** بأنْ كان في محلة أخرى أو قرية أو بلدة ويشترط في ظاهر الرواية مسيرة السفر، وعن أبي يوسف يجوز فيما لا يرجع في يومه وفي السراجية، وعليه الفتوى **(لا يحكم)** لعدم جواز القضاء على الغائب عندنا، ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل إليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لأنَّ الأول محكوم به فلزمه، والثاني ابتداء حكم، فلا يجوز له كما في التبيين، وهو يدل على أنَّ الحاكم على الغائب إذا كان حنفياً فإنَّ حكمه لا ينفذ لقوله يرى ذلك، وهو مقيد لأنَّ معنى قولهم: إنْ القضاء على الغائب ينفذ في أظهر الروايتين إذا كان القاضي شافعياً كما سيأتي **(بل يكتب)**

. . . .

فصــل

(إذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر) خرج الغائب وغير الخصم **(حكم بها وكتب بالحكم وهو السجل)** فالسجل اسم لكتاب حكم القاضي المسمى الآن بالحجة، **(وإن شهدوا على)** خصم **(غالب)** أوله **(لا يحكم)** إلاَّ بحضور نائبه حقيقة كوكيله ووصيه ومتول الوقف أو نائبه شرعاً كوصي، نصبه القاضي أو حكماً كما إذا برهن على ذي يد أنَّه شرى داراً مثلاً من فلان الغائب فحكم على ذي اليد الحاضر كان حكماً على الغائب كما يأتي، **(بل يكتب بها)** أي بتلك الشهادة إلى قاضي يكون الخصم

وإن شهدوا على الغائب لا يحكم بل يكتب بها ليحكم المكتوب إليه وهو كتاب القاضي إلى القاضي والكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويقبل في كل ما لا يسقط

القاضي (بها) أي بالشهادة إلى قاضٍ يكون الخصم في ولايته (ليحكم) القاضي (المكتوب إليه) على وجه الخصم كيلا يكون قضاء على الغائب (وهو كتاب القاضي إلى القاضي) وجه التسمية به ظاهر (والكتاب الحكمي) منسوب إلى الحمك باعتبار ما يؤول إليه (وهو نقل الشهادة في الحقيقة) لأنَّ القاضي الكاتب لم يحكم بها، وإنما نقلها للمكتوب إليه ليحكم بها، ولهذا يحكم المكتوب إليه برأيه وإن كان مخالفاً لرأي الكاتب بخلاف السجل فإنه ليس له أنْ يخالفه وينقض حكمه إذا كان في فصل مجتهد فيه أو متفق عليه كما في البحر وفي المبسوط وغيره، والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي إلى القاضي لأنَّ القاضي الكاتب لو حضر بنفسه مجلس المكتوب إليه، وعبَّر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي، فكيف بالكتاب، وفيه شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم، إلاَّ أنه جوز استحساناً لحاجة الناس إليه لما رويَّ أنَّ علياً رضي الله تعالى عنه جوزه لذلك، وعليه أجمع الفقهاء (ويقبل في كل ما لا يسقط بالشبهة) احتراز عن الحد والقود لأنَّ فيه شبهة البدلية عن الشهادة فيصير كالشهادة على الشهادة لأنَّ مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما قيل: فيه شبهة التبديل والتزوير، وهما يسقطان بالشبهات (كالدين) فإنَّه يعرف بالقدر والوصف، ولا يحتاج فيه إلى الإشارة (والعقار) فإنَّه أيضاً يعرف بالتحديد (والنكاح) سواء ادعى الزوج أو الزوجة.

وكذا الطلاق إنْ ادعت على لزوج (والنسب) من قبل الحي أو الميت لأنَّه يعرف بذكر الأب والجد، والقبيلة (والغصب) إذ فيه يلزم القيمة وهي دين (والأمانة، والمضاربة المجحودتين) لأنهما كالمغصوبين حكماً قيدهما بالمجحودتين لأنَّ غير المجحودتين لا يحتاجان إلى كتاب القاضي.

وكذا الشفعة والوكالة والوصية، والوفاة والوراثة والقتل الذي يوجب المال لأنَّ البعض منها يعرف بالقدر والوصف، والبعض الآخر يعرف بأحدهما ولا يقبل الكتاب في العين المنقول كالثوب والعبد والأمة ونحوها في ظاهر الرواية للحاجة إلى الإشارة عند الدعوى والشهادة، وروي عن أبي يوسف للقاضي أنْ يقبل في العبد لأنَّ الإباق يغلب فيه لا في الأمة، وعنه أيضاً أنَّه تقبل في الأمة كالعبد (و) روي (عن محمد قبوله في كل ما ينقل وعليه

. . . .

في ولايته (ليحكم المكتوب إليه وهو) أي هذا المكتوب له أسماء (كتاب القاضي إلى القاضي و) أيضاً (الكتاب الحكمي) سمي به لأنَّ المقصود به حكم المكتوب إليه (وهو) أيضاً كتاب (نقل الشهادة في الحقيقة) إذ مضمونه ذلك (و) هذا (يقبل في كل ما لا يسقط بالشبهة) فخرج الحد والقود لأنهما يسقطان بالشبهة (كالدين والعقار والنكاح والنسب والغصب والأمانة والمضاربة المجحودتين) إذ غير

بالشبهة كالدين والعقار والنكاح والنسب والغصب والأمانة، والمضاربة المجحودتين. وعن محمد قبوله في كل ما ينقل وعليه المتأخرون وبه يفتي ولا بد أنْ يكون من معلوم إلى معلوم بأنْ يقول: من فلان إلى فلان ويذكر نسبهما فإن شاء قال: بعده وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ويقرؤه على من يشهد هم عليه ويعلمهم بما فيه وتكون أسماؤهم داخلة ويختمه بحضرتهم ويحفظوا ما فيه ويسلمه إليهم، وأبو يوسف لم

المتأخرون). وفي البزازية والمتقدمون لم يأخذوا بقول الإمام الثاني: وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل للحاجة **(وبه يفتي)** كما قال الإمام الاسبيجابي: وهو مذهب الأئمة الثلاثة **(ولا بد أنْ يكون من معلوم إلى معلوم بأنْ يقول: من فلان إلى فلان ويذكر نسبهما)** بأنْ يقول: من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان. وفي العناية ويشترط فيه المعلوم الخمسة، وهو أنْ يكون من معلوم إلى معلوم في معلوم أي المدعي لمعلوم على معلوم أي المدعي عليه **(فإن شاء قال: بعده)** أي بعد أن يقول إلى فلان بن فلان **(وإلى كل من يصل إليه)** الكتاب **(من قضاة المسلمين)** حتى لا يبطل المكتوب إليه على ما سيجيء إنْ شاء الله تعالى، **(ويقرؤه)** أي القاضي الكاتب الكتاب **(على من يشهدهم عليه)** ليعرفوا ما فيه لأنَّهم يشهدون عند المكتوب إليه **(ويعلمهم بما فيه)** أي في الكتاب إنْ لم يقرأ، إذ لا شهادة بدون العلم **(وتكون أسماؤهم)** أي أسماء شهود الطريق، وكذا أنسابهم **(داخلة)** في كتابه، وفي التبيين وغيره، ويكتب فيه اسم المدعي والمدعي عليه على وجه يقع به التمييز، وذلك بذكر جدهما وبذكر الحق فيه وبذكر شهود الأصل وأسمائهم وأنسابهم، لأجل المتيز إنْ شاء وإنْ شاء اكتفى بذكر شهادتهم، هذا إذا كان غير مشهور وأما إذا كان مشهوراً يكتفي باسمه المشهور ويكتب العنوان في داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل، قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا العنوان يكتب على الظاهر فيعمل به، وفي الدرر، ويكتب تاريخ الكتاب، ولو لم يكتب فيه التاريخ لا يقبله **(ويختمه)** أي الكاتب **(بحضرتهم)** أي بحضرة الشهود **(ويحفظوا)** أي الشهود **(ما فيه)** أي في الكتاب لأنَّهم يشهدون به **(ويسلمه)** أي الكتاب **(إليهم)** أي إلى الشهود دفعاً لتهمة التغيير، وهذا عند الطرفين

. . . .

المجحودتين لا يحتاجان لكتاب القاضي **(وعن محمد قبوله في كل ما ينقل وعليه المتأخرون)** وعمل الفقهاء على التجويز في الكل سوى حد وقود **(وبه يفتي)** استحساناً **(ولا بد)** لهذا الكتاب من شروط **(أنْ يكون من)** قاضٍ **(معلوم إلى معلوم بأنْ يقول: من فلان إلى فلان و)** لا بد أنْ **(يذكر نسبهما فإنْ شاء)** عمم بأن **(قال بعده وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين و)** لا بد أن **(يقرؤه على من يشهدهم عليه (و)** إن لم يقرأه **(يعلمهم بما فيه)** إذ لا شهادة بلا علم **(وتكون أسماؤهم)** وشهرتهم جميعاً وعنوانه **(داخلة)** فلو عنوانه على ظاهره لم يقبل أي في عرفهم **(ويختمه بحضرتهم)** الكتاب بعد طيه ولا اعتبار للختم في أسفله كما في القهستاني عن الذخيرة، وفي الدرر أنَّه لا يثبت كونه كتاب القاضي بمجرد شهادتهم بدون الكتاب **(ويحفظوا ما فيه)** كسائر الشهادات عند الإمام **(ويسلمه إليهم)** أي إلى شهود

يشترط شيئاً من ذلك سوى إشهادهم أنَّه كتابه لما ابتلي بالقضاء وإختار السرخسي قوله وليس الخبر كالعيان وإذا وصل إلى المكتوب نظر إلى ختمه ولا يقبله إلاَّ بحضرة الخصم وبشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أنَّه كتاب فلان، فلان القاضي قرأه علينا وختمه وسلمه إلينا في مجلس حكمه وعند أبي يوسف أنَّه كتاب فلان وختمه وعنه إنَّ الختم

(وأبو يوسف لم يشترط شيئاً من ذلك) المذكور **(سوى إشهادهم أنَّه كتابه لما ابتلي بالقضاء)** وهو قول أبي يوسف آخراً، قيل: إذا كان الكتاب في يد المدعي يفتي بأنْ الختم شرط وإنْ كان في يد الشهود يفتي بأنَّه ليس بشرط **(واختار)** الإمام **(السرخسي قوله)** أي قول أبي يوسف آخراً **(وليس الخبر كالعيان)** يعني أنَّ أبا يوسف قبل أن ابتلي بقضاء وعائن ما فيه قال: فيه مثل ما قالا ولما ابتلي بالقضاء وعائن بما فيه قال: جميع ذلك ليس بشرط تسهيلاً على الناس وإنْ كان الاحتياط فيما قالا: **(وإذا وصل)** الكتاب **(إلى)** القاضي **(المكتوب نظر إلى ختمه ولا يقبله إلاَّ بحضرة الخصم)** أي لا يأخذ الكتاب إلاَّ وقت حضور الخصم لأنَّه لإلزامه كما في الاختيار، لكن في الذخيرة، وغيره أنَّ حضوره شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب **(و)** إلاَّ **(بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين)** لأنَّ الكتاب قد يزور فلا يثبت إلاَّ بحجة تامة، وأيضاً كتاب القاضي ملزم إذ يجب على المكتوب إليه أنْ ينظر فيه ويعمل به ولا الزام إلاَّ ببينة **(أنَّه كتاب فلان)** بن **(فلان القاضي)** والجملة مفعول قوله: بشهادة، وفيه إشعار بأنَّه يسلم الكتاب إلى المدعي كما ذهب إليه أبو يوسف **(قرأه علينا)** وأخبرنا به **(وختمه وسلمه إلينا في مجلس حكمه)** كله خبر بعد خبر وفيه إشارة إلى مذهب الطرفين **(وعند أبي يوسف)** يكفي شهادة **(أنَّه كتاب فلان)** القاضي **(وختمه)** ولا يشترط أنَّ يقولوا قرأه علينا وسلمه إلينا في مجلس حكمه **(وعنه)** أي عن أبي يوسف **(أنَّ الختم ليس بشرط)** فيكفيهم أنْ يشهدوا أنَّه كتاب فلان القاضي لكن لا بد من إسلام شهوده بالإتفاق ولو كان لذمي على ذمي لأنهم يشهدون على فعل المسلم وإنما يحتاج إليهم إذا أنكر الخصم كونه كتاب القاضي، أما إذا أقرَّ فلا حاجة إلى الشهود **(فإذا شهدوا)** سواء على ما قالاه أو على ما قاله عند القاضي المكتوب إليه **(فتحه)** أي المكتوب إليه

. . . .

الطريق في مجلس حكمه وينبغي أنْ يكتب آخراً مثله بعينه ويسلمه إلى المدعي كما في النهاية **(وأبو يوسف لم يشترط شيئاً من ذلك)** المذكور **(سوى إشهادهم أنَّه كتابه لما ابتلي بالقضاء واختار)** شمس الأئمة **(السرخسي قوله)** تسهيلاً **(وليس الخبر كالعيان)** إذ ابتلاؤه به عيان وعليه الفتوى كما في العزمية عن الكفاية **(وإذا وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه)** أو لا **(ولا يقبله)** أي لا يقرأه **(إلاَّ بحضرة الخصم و)** شهوده **(بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين)** ولا بد من إسلام شهوده ولو كان لذمي على ذمي لشهادتهم على فعل المسلم إلاَّ إذا أقرَّ الخصم فلا حاجة إليهم وإلاَّ فلا بد أنْ يشهد **(أنه كتاب فلان)** القاضي قرأه علينا وختمه وسلمه إلينا في مجلس حكمه فحينئذ يفتحه **(وعند أبي يوسف)** يكفي **(أنَّه كتاب فلان وختمه وعنه أنَّ الختم ليس بشرط)** وجعله في النقاية رواية أبي يوسف **(فإذا شهدوا)** أي

ليس بشرط فإذا شهدوا فتحه وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب وبموت المكتوب إليه إلاَّ أنْ كتب بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لا بموت الخصم بل ينفذ على وارثه. وإذا علم القاضي بشيء من حقوق العباد في زمن ولايته، ومحلها جاز له أنْ يقضي به.

الكتاب بعد ثبوت عدالة الشهود كما في الهداية، وهو الصحيح. وفي العناية: أنَّ الأصح ما قاله محمد في تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب، والختم من غير تعرض عدالة الشهود وفي التبيين ولو وجد الكتاب ما يخالف شهادتهم رده **(وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه)** لأنَّه ثبت عنده ما في الكتاب إلاَّ أنْ يقول الخصم: لست بفلان الذي شهدوا به وأقام البينة إنَّ في هذه القبيلة اثنين بهذا النسب كما في القهستاني **(ويبطل الكتاب بموت)** القاضي **(الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب)** إلى الثاني أو بعد وصوله قبل أنْ يقرأ عليهم.

وكذا بخروجه عن الأهلية كالجنون والفسق لأنَّ الخروج كالعزل والإخراج حكماً لكونه واحداً من الرعايا فكتابه لا يقبل كخطابه لانتفاء الولاية الشرعية وإنما قلنا بعد وصوله قبل أنْ يقرأ عليهم لأنَّه لو مات أو عزل بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية، ويحكم به المكتوب إليه على الصحيح، وقال أبو يوسف: لا يبطل مطلقاً سواء مات الكاتب أو عزل قبل الوصول أو بعده بل المكتوب إليه يقضي به، وهو قول الأئمة الثلاثة **(و)** يبطل **(بموت المكتوب إليه)** وعزله **(إلاَّ إن كتب بعد اسمه)** أي اسم المكتوب إليه **(وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين)** فحينئذ لا يبطل لأنَّ الغير صار تبعاً للمعروف لمعين بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشائخنا لعدم التعريف، وأجاز أبو يوسف حين ابتليَّ بالقضاء وفي الخلاصة وعليه عمل الناس **(لا)** يبطل **(بموت الخصم بل ينفذ على وارثه)** أي وارث الخصم المتوفى، فإنَّه قائم مقامه.

وكذا ينفذ على وصيه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت الخصم أو بعده أطلق الخصم فشمل المدعي والمدعي عليه **(وإذا علم القاضي بشيء من حقوق العباد في زمن ولايته، ومحلها جاز له أنْ يقضي به)** من غير شاهد حتى إذا علم القاضي أنَّ زيداً غصب شيئاً من

. . . .

شهود الطريق **(فتحه وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه)** إنْ بقي كاتبه قاضياً **(أو يبطل الكتاب)** الحكمي **(بموت)** القاضي **(الكاتب وعزله)** وجنونه وردته وإغمائه وحده لقذف وفسقه بعد عدالته **(قبل وصول الكتاب)** إلى الثاني أو بعد وصوله قبل القراءة وأجازه أبو يوسف.

وأما بعدهما فلا **(وبموت المكتوب إليه)** وخروجه عن الأهلية **(إلاَّ إنْ)** عمم بعد تخصيص بأن **(كتب بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين)** بخلاف ما لو عمم ابتداء وجوزه الثاني وعليه العمل كما في الخلاصة **(لا)** يبطل **(بموت الخصم)** أياً كان لقيام وارثه أو وصيه مقامه كما قال: **(بل ينفذ على وارثه)** مثلاً **(وإذا علم القاضي بشيء من حقوق العباد في زمن ولايته، ومحلها جاز له أنْ**

فصل

ويجوز قضاء المرأة في غير حد وقود ولا يستخلف قاضٍ إلاَّ أنْ يفوض إليه ذلك

المدعي يأخذه عن زيد ويدفعه إلى المدعي، وهذا جواب رواية الأصول، وفي شرح مختصر الوقاية لأبي المكارم وهل يقضي القاضي بعلمه في حقوق العباد نعم إذا علم في مصره حال قضائه، وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال: لا يقضي بعلمه وفي حدود هي حق الله كحد الزناء، والشرب لا يقضي بعلمه، وفي القصاص وحد القذف يقضي به، وإذا علم بحقوق العباد قبل قضائه أو في غير مصره فحضر مصره، ثم رفع الحادثة إليه فعند الإمام لا يقضي بذلك العلم وعندهما يقضي واختلف المشائخ على قوله سواء كان قاضياً على الرستاق أو لم يكن، ولو علم بحادثة في مصر فعزل ثم أعيد فعنده لا تقضي وعندهما يقضي.

فصــل

قال في النهاية قد ذكرنا أنَّ كتاب القاضي إذا كان سجلاً اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب إليه امضاؤه إذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي، فإنَّ الرأي له في التنفيذ والرد، فلذلك احتاج إلى بيان تعداد محال الاجتهاد بذكر أصل يجمعها، وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به (**ويجوز قضاء المرأة**) في جميع الحقوق لكونها من أهل الشهادة لكن إثم المولى لها للحديث إن يفلح قوم، ولو أمرهم امرأة (**في غير حد وقود**) إذ لا يجري فيها شهادتها، وكذا قضاؤها في ظاهر الرواية فلو قضت في حد وقود فرفع إلى قاضٍ آخر فأمضاه ليس لغيره أنْ يبطله كما في الخلاصة.

وأما قضاء الخنثى فيصح بالأولى وينبغي أن لا يصح في الحدود والقود لشبهة الأنوثة كما في البحر، (**ولا يستخلف قاضٍ**) على القضاء، ولا ينفذ قضاء خليفته ولو مريضاً، وقال الطحاوي: إنَّه نافذ فلا يبطله حاكم اعتباراً بالحكم (**إلاَّ أنْ يفوض إليه ذلك**) الاستخلاف بأن

. . . .

يقضي به) لا في حقوق الله تعالى والكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه. (**قلت**) والمعتمد عدم حكمه بعلمه في زماننا كما في الأشباه وأقره الشرنبلالي وفيها أيضاً الإمام يقضي بعلمه في أحد وقود وتعزير فهل الإمام قيد كما قدمناه في الحدود يحتاج لتحرير، انتهى.

فصــل

(**ويجوز قضاء المرأة في غير حد وقود**) اعتباراً بالشهادة وإثم موليها لخبر البخاري لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة وتصلح ناظرة ووصية وشاهدة فتستحق وظيفة الشهادة، وجاز كونها نبية لا رسولة لبناء حالهن على الستر (**ولا يستخلف قاضٍ**) ولو مريضاً نائباً (**إلاَّ أنْ يفوض**) السلطان (**إليه ذلك**) صريحاً كول من شئت أو دلالة كجعلتك قاضي القضاة والدلالة هنا أقوى لعموم تصرفه تقليداً وعزلاً (**بخلاف**) الصريح حيث لا يملك العزل، وبخلاف (**المأمور بالجمعة**) وهو الخطيب، فإنَّه يستخلف بلا تفويض للأذن دلالة ذكره ابن الملك وغيره. (**قلت**): فما ذكره منلا خسرو وغيره، **قال في البحر**: لا أصل له.

بخلاف المأمور بالجمعة وإذا استخلف المفوض إليه فنائبه لا ينعزل بعزله ولا بموته بل هو نائب الأصل وغير المفوض إن قضي نائبه بحضرته أو بغيبته فأجازه جاز كما في

قيل: من قبل المقلد، ولِ من شئت وفيه إشعارٌ بأنه يستخلف بالإذن دلالة كما في القهستاني فلو جعل قاضي القضاة كان له الاستخلاف لأنَّ معناه المتصرف في القضاة تقليداً وعزلاً، وفي الخلاصة الخليفة إذا أذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلاً وأذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم، وثم فلو استخلف المأمور بالاستخلاف رجلاً فقضيَّ للقاضي الذي استنابه أو وليه مستنيبه جاز قضاؤه، ويقضي النائب بما شهدوا به عند الأصل وعكسه كما في التنوير، لكن في البزازية لا يقضي القاضي بالحرمة الغليظة بكلام النائب، أما النائب يقضي بكلام القاضي إذا أخبره (**بخلاف المأمور بالجمعة**) فإنَّه يستخلف لكونها على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذناً في الاستخلاف دلالة، وكذلك القضاء (**وإذا استخلف المفوض إليه**) الاستخلاف (**فنائبه لا ينعزل بعزله**) أي بعزل المفوض إليه إياه لأنَّه صار نائباً عن الأصيل إلاَّ إذا فوض إليه ذلك بأن قيل له من قبل السلطان: استبدل من شئت فحينئذ يجوز له العزل (**ولا**) ينعزل (**بموته**) أي بموت المفوض إليه (**بل هو نائب الأصل**) حقيقة، وفي إشارة إلى أن نائب القاضي انعزل بموته كما في هداية الناطفي ولم ينعزل عند كثير من المشائخ وإلى أنَّ قاضي أمير الناحية انعزل بموته بخلاف موت الخليفة، حيث لا ينعزل القاضي كما لا ينعزل أمراؤه، وفي الفواكه البدرية ونائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله وبموته فإنَّه نائبه من كل وجه وفي المحيط إذا عزل السلطان انعزل نائبه بخلاف ما لو مات القاضي حيث لا ينعزل نائبه هكذا قيل: ولا ينعزل القاضي إذا عزل السلطان ما لم يصل الخبر إليه كالوكيل، ولا ينعزل بعزل نائبه القاضي، والقاضي إذا قال: عزلت نفسي أو أخرجت نفسي وسمع السلطان ينعزل وإلاَّ لا، وقيل: لا ينعزل أصلاً لأنَّه نائب عن العامة فلا يملك عزله (**وغير المفوض**) إليه الاستخلاف (**إنْ قضى نائبه بحضرته أو**) قضى (**بغيبته فأجازه**) الأصيل عند استماعه (**جاز**) قضاؤه إذا كان المستخلف أهلاً للقضاء لأنَّ المقصود حصول رأي الأول، وقد وجد (**كما في الوكالة**) أي كالوكيل بالبيع والشراء إذا وكلَّ غيره فباشر وكيله بحضرته أو بغيبته فأجاز عمله جاز (**وإذا رفع إلى القاضي**

. . . .

وإنما هو فهم فهمه من بعض العبارات، وقد مر في الجمعة (**وإذا استخلف المفوض إليه فنائبه لا ينعزل بعزله ولا بموته بل هو نائب**) السلطان (**الأصل**) إلاّ إذا فوض العزل إليه أيضاً، وقيل: ينعزل فيّ بعزله، وبموته لأنَّه نائبه من كل وجه ذكره ابن الغرس الحنفي وأقره في الشرنبلالية. (**قلت**): لكن في فتاوى صاحب التنوير اعتمد الأول دون ما ذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب، انتهى بلفظه فليحفظ. (**القاضي وغير المفوض**) إليه (**إنْ قضى نائبه**) أو فضولي (**بحضرته أو بغيبته فأجازه**) القاضي (**جاز**) لو أهلاً (**كما في الوكالة**) لأنَّ المقصود حصول رأيه وبه علم دخول الفضولي في القضاء كما في البزازية والبحر، ولو فوض لعبد ففوض لغيره صح ولو حكم بنفسه لم يصح، **ولو عتق** فقضى صح بخلاف

الوكالة وإذا رفع إلى القاضي حكم قاضٍ آخر في أمر اختلف فيه في الصدر الأول أمضاه إن لم يخالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع وما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر

حكم قاضٍ آخر في أمر اختلف فيه في الصدر الأول) قيل: هو زمان الصحابة أو التابعين، وقيل: المراد ما يعم من الصحابة والفقهاء المجتهدين رضوان الله تعالى عليهم أجمعين في الأصح **(أمضاه)** القاضي المرفوع إليه سواء كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً لأنَّ القضاء متى لاقى مجتهداً فيه ينفذ ولا ينقض باجتهاد آخر لأنَّ اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول، وقد ترجح الأول بالقضاء به، ولا ينقض بما دونه **(إن لم يخالف الكتاب)** كالقضاء بحل متروك التسمية عمداً إذ هو مخالف لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله﴾ كما في المنح وغيره، لكن الأحسن أنْ يمثل القضاء بتقديم الوارث على المديون فإنَّ الأول نافذ عند الطرفين كما في القهستاني **(أو السنة المشهورة)** كالقضاء بحل المطلقة الثلاثة بنكاح الثاني بلا وطء إذ هو مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة **(أو الإجماع)** كالقضاء بحل متعة النساء لاتفاقهم على فساده ويشترط أن يكون القاضي عالماً باختلاف الفقهاء حتى لو قضى بفصل مجتهد فيه، وهو لا يعلم بذلك.

واتفق وقوع قضائه في موضع الاجتهاد لا يجب على الثاني تنفيذه، وقال شمس الأئمة: هذا هو ظاهر المذهب لكن في الخلاصة أن هذا الشرط يعني كونه عالماً بالاختلاف وإن كان ظاهر المذهب لكن يفتي بخلافه، انتهى فينبغي أن يعمل بما في الخلاصة في زماننا لأنَّ قضاة زماننا غالباً لا معرفة لهم بمذاهبهم فضلاً عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين، وفي البحر تفصيل فليراجع **(وما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر فيه خلاف البعض)** كالحكم بجواز بيع درهم بدرهمين لأنَّ هذا حكي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لكن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنكروا وردوا عليه، قيل في أصول الفقه: يعتبر باختلاف الأقل في مقابلة اتفاق الأكثر لأنَّ واحداً من الصحابة ربما خالف الجمع الكثير، ولم يقولوا: نحن أكثر منكم، يقال لا مخالفة بين القولين لأن المذكور في الكتاب خلاف وفي الأصول اختلاف، فافترقا، وذلك أن واحداً منهم إذا خالفهم إن جوزوا له يكون اختلافاً وإن لم يجوزوا يكون خلافاً. وفي المنح نقلاً عن شرح الأدب لو قضي في موضع الاختلاف يجوز، وفي موضع الخلاف لا يجوز، أراد بالأول ما كان فيه بخلاف معتبر كالخلاف بين السلف وأراد بموضع الخلاف ما لم يكن معتبراً ولم

. . . .

صبي بلغ كما في الأشباه **(وإذا رفع إلى القاضي حكم قاضٍ آخر في أمر اختلف فيه في الصدر الأول)** أي الصحابة **(أمضاه)** لتأيد الأول بالقضاء **(إنْ لم يخالف)** مدلول **(الكتاب)** ولم يثبت نسخه، ولا تأويله بدليل مجمع عليه كمتروك التسمية **(أو السنة المشهورة)** كتحليل بلا وطء **(أو الإجماع)** كحل المتعة **(و)** الأصل أنَّ **(ما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر فيه خلاف البعض)** ومثله كثير، وأكثر في التنوير **(والقضاء**

فيه خلاف البعض، والقضاء بحل أو حرمة ينفذ ظاهراً وباطناً ولو بشهادة زور إذا ادعى بسبب معين وعندهما لا ينفذ باطناً بشهادة الزور، فلو أقامت بينة زور أنَّه تزوجها وحكم

يعتبر خلاف الشافعي وقيل: الخلاف: عبارة عن القول المهجور لكونه مقابلاً لقول الجمهور وقيل الخلاف: قول بلا دليل مقرر والاختلاف قول بدليل معتبر، وقيل: الخلاف من آثار البدعة والاختلاف من آثار الرحمة (**والقضاء بحل أو حرمة ينفذ ظاهراً**) أي فيما بيننا (**وباطناً**) أي فيما عند الله عند الإمام (**ولو**) وصلية (**بشهادة زور إذا ادعى بسبب معين**) من العقود، والفسوخ كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والإقالة والرد بالعيب والنسب، وفي الهبة والصدقة روايتان (**وعندهما لا ينفذ باطناً بشهادة الزور**) وإن نفذ ظاهراً وهو قول زفر: والأئمة الثلاثة، ثم فرع بقوله: (**فلو أقامت بينة زور أنَّه تزوجها وحكم به حل لها تمكينه**) أي إذا ادعت المرأة على الرجل أنَّه تزوجها فأقامت على ذلك بيّنة زور وقضى القاضي بها حل له وطئها، وحل لها تمكينها من الوطء عند الإمام لما رويَ أنَّ علياً كرم الله تعالى وجهه «قضى بالنكاح بين رجل وامرأة بشهادة الشاهدين»، فقالت: يا أمير المؤمنين إنْ لم يكن بد فزوجني، فقال علي: شاهداك زوجاك ولم يلتفت لقولها من تجديد النكاح مع كون الشهود زوراً بدلالة القصة بناءً على أنَّ حكم القاضي بمنزلة إنشاء عقد صحيح ولأنَّ القاضي مكلف بحسب الوسع فيجب التعديل عليه إذ الوقوف على حقيقة الصدق متعذر بخلاف الحكم بشهادة الكفار والعبيد، والحكم على نكاح المنكوحة والمعتدة إذ الوقوف على هذه الأشياء ممكن ولا يلزم الإيجاب والقبول في إنشاء القاضي بالحكم.

وكذا لا يلزم حضور الاثنين في خصوص النكاح كما قيل، لأنَّ ما ثبت في ضمن صحة القضاء ثبت اقتضاء لا صريحاً فلا يراعى شرائطه (**خلافاً لهما**) لأنَّ شهادة الزور حجة في الظاهر فيكون القضاء بقدر الحجة، ولا يكون حجة في الباطن فلا يحل لها ذلك عندهما، وقال أبو الليث: الفتوى على قولهما، وأثم الشاهدان إثماً عظيماً، ولا بد في المسألة من زيادة قيد، وهو أنْ لا يكون في المحل مانع لإنشاء العقد لأنَّ قضاءه فيما ليس له ولاية انشائه أصلاً لا يفيد الحل بالأجماع، وفي القهستاني إذا قضى القاضي بشهود زور أنَّه طلقها ثلاثاً، ثم تزوجت

. . . .

بحل أو حرمة ينفذ ظاهراً أو باطناً) حيث كان المحل قابلاً، والقاضي غير عالم بتزويرهم (**ولو بشهادة زور إذا ادعى بسبب معين**) كبيع وإجارة ونكاح وإقالة وفرقة لا لو بسبب مطلق كدعوته بجارية ملكاً وبرهن زوراً لم تحل له إجماعاً كسبب لم تحل له إنشاؤه كإرث أو محل غير قابل كمعتدة أو علم القاضي بكذبهم لم ينفذ أصلاً كالقضاء باليمين الكاذبة ذكره الزيلعي وغيره، (**وعندهما لا ينفذ باطناً بشهادة الزور**) وبه قال زفر: والثلاثة وعليه الفتوى لظهور أدلتها بالنسبة لدليله وإنْ بالغ صاحب المبسوط وغيره في توجيهه كما في البرهان وأقره الشرنبلالي (**فلو أقامت بينة زوراً أنَّه تزوجها وحكم به حل لها تمكينه**) عنده (**خلافاً لهما**) فالمراد بالنفاذ ظاهراً تسليمها له وبالنفاذ باطناً، حل الجماع (**وفي**

به حل لها تمكينه خلافاً لهما وفي الأملاك المرسلة لا ينفذ باطناً اتفاقاً والقضاء في مجتهد فيه بخلاف رأيه ناسياً أو عامداً لا ينفذ عندهما وبه يفتي وعند الإمام ينفذ لو ناسياً

بزوج بعد العدة فإنَّه يحل له الوطء ظاهراً وباطناً عند الإمام وإنْ علم أنَّ الزوج لم يطلقها لا يحل للأول ظاهراً وباطناً وأما عندهما فيحل له، ولا يحل للثاني إذا علم، وعن أبي يوسف أنه يحل للأول سراً وعن محمد يحل ما لم يدخل به الثاني **(وفي الأملاك المرسلة)** أي المطلقة وهي التي لم يذكر فيها سبب معين **(لا ينفذ باطناً اتفاقاً)** لعدم احتمال الإنشاء في نفس الملك بدون السبب كما في الصريح كمن ادعى أمة أنَّها ملكه مطلقاً ولم يقل: اشتريتها مثلاً وأقام على ذلك بينة زوراً وقضى القاضي بها لا يحل لها وطئها بالإجماع **(والقضاء في مجتهد فيه بخلاف رأيه)** والباء في قوله بخلاف متعلق بالقضاء **(ناسياً أو عامداً لا ينفذ عندهما)** لأنه قضاء بما هو خطأ عنده **(وبه يفتي)** كما في المحيط والهداية **(وعند الإمام ينفذ لو)** قضى **(ناسياً وفي العمد روايتان)** عنه في رواية لا ينفذ، وفي رواية ينفذ لأنَّه ليس بخطأ بيقين ففي الخانية أظهر الروايتين عن الإمام نفاذ قضائه، وعليه الفتوى، وفي الفتح فقد اختلف في الفتوى والوجه في هذا الزمان أنْ يفتى بقولهما: لأنَّ التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلاَّ لهوى باطل لا لقصد جميل.

وأما الناسي فلأن المقلد إنما ولاه ليحكم بمذهب الإمام، فلا يملك المخالفة، فتكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم كما لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة يجب عليه عدم سماعها، ولو سمعها وقضى لا ينفذ لأنَّه لا يصير قاضياً بالنسبة إلى تلك الحادثة كما في المنح.

وأصل الخلاف فيما إذا وقع الخلاف في قضية في عصر، ثم أجمع العلماء على أحد القولين في عصر آخر هل يرتفع الخلاف المتقدم أم لا فعنده يرتفع، وعندهما لا يرتفع فيكون الخلاف باقياً على حاله **(ولا يقضي)** القاضي أي لا يصح قضاؤه **(على غائب)** ولا يقضي له عندنا لأنَّ القضاء بالبينة وهي لم تعمل إلاَّ إذا سلمت عن الطعن والطاعن غائب خلافاً

. . . .

الأملاك المرسلة) أي المطلقة عن ذكر سبب الملك كما قدمنا **(لا ينفذ باطناً اتفاقاً)** لتزاحم الأسباب **(أو القضاء في مجتهد فيه)** على قول أي عالم كان **(بخلاف رأيه)**، أي مذهبه كما في البرهان وغيره، كحنفي حكم على مذهب الشافعي ونحوه أو بالعكس **(ناسياً)** مذهبه **(أو عامداً لا ينفذ عندهما وبه يفتي)** كما في عامة المتون، **(وعند الإمام ينفذ لو ناسياً وفي العمد روايتان)**، وهل يشترط كون القاضي مجتهداً أو عالماً بأنَّه مجتهد فيه كلام مذكور في القهستاني وغيره. **(قلت)**: وهذا كله في زمانهم، فأما في زماننا فقد قيده السلطان نصره الله تعالى تصحيح مذهبه فيتقيد بلا خلاف كما أفاده الكمال وغيره، وهو صريح الحق الذي يعض عليه بالنواجذ فليحفظ ولينبه عليه وقد غيرت بيت الوهبانية، ولو حكم القاضي بحكم مخالف لمعتمد ما صح أصلاً، يحرر. **(قلت)**: وأما أمر الأمير ففي شرح السير الكبير والتتارخانية وغيرهما أنَّه متى صادف فصلاً مجتهداً فيه نفذ أمره فليحفظ، والله الموفق **(و)** اعلم أنَّه **(لا**

وفي العمد روايتان. ولا يقضي على غائب إلاَّ بحضرة نائبه حقيقة كوكيله أو شرعاً كوصي نصبه القاضي أو حكماً بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعي على

للشافعي، وفي البزازية قضى للغائب أو عليه لا يصح إلاَّ أنْ يكون عند خصم حاضر. قال صاحب البحر: ولذا فسرنا بعدم الصحة والأولى أنْ يفسر بعدم النفاذ لقولهم إذا نفذه قاضٍ آخر يراه فإنَّه ينفذ واختلف التصحيح في نفاذه فقيل: لا ينفذ، وقيل: ينفذ ورجح الأول في الفتح وأنَّه لا بد من إمضاء قاضٍ آخر لأنَّ الإختلاف في نفس القضاء قال: ظهير الدين في نفاذ القضاء على الغائب روايتان، ونحن نفتي بعدم النفاذ كيلاً يتطرقوا إلى إبطال مذهب أصحابنا، والقائل بأنَّ الفتوى على النفاذ خواهر زاده لكن اشتبه على كثير أنَّ قولهم: الفتوى على النفاذ أعم من كون القاضي شافعياً يراه أو حنفياً لا يراه، والظاهر أنَّه إنما هو في حق لم يراه لاجتماع الحنفية على أنَّه لا يقضي على غائب كما ذكره الصدر ولو كان أعم لزم هدم مذهبنا **(إلاّ بحضرة نائبه)** استثناء من قوله: لا يقضي على غائب أي لا يصح قضاؤه على الغائب ولا له إلاَّ أن يحضر من يقوم مقامه **(حقيقة كوكيله)** وأبيه ووصي الميت ومتولي الوقف، وفيه إشارة بأنَّ القاضي إنما يحكم على الغائب، وعلى الميت ويكتب في السجل أنَّه حكم على الغائب بحضرة وكيله، وعلى الميت بحضرة وصيه **(أو شرعاً)** عطف على قوله حقيقة أي بإقامة الشرع عنه **(كوصي نصبه القاضي)** كما إذا كان المدعي عليه ميتاً وله صغير قد نصب له وصياً **(أو حكماً)** لمن يقوم مقامه من حيث الحكم **(بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً)** لازماً **(لما يدعي على الحاضر)** من نحو الملك كما إذا ادعى داراً على حاضر أنَّه اشتراها من الغائب فإنَّه إنْ صدقه الحاضر لا يسلمها القاضي إلى المدعي فإنَّه قضاء على الغائب، وهذا حيلة لدفع دعوى الخارج وإنْ انكره الحاضر فأقام بيّنة عليه قضى القاضي بها عليه، وهذا قضاء على الغائب أيضاً، ولذا لو حضر وأنكر لا يحتاج إلى إعادة البينة فالحاضر ينتصب خصماً عنه حينئذ، وكذا لو ادعى على الحاضر شفعة دار بشرائه من الغائب أو ادعى عليه الكفالة بأنْ له على فلان الغائب كذا، وهذا كفيل عنه بأمره يقضي القاضي على الحاضر والغائب ولو لم يقلْ بأمره لا يقضي على الغائب.

وكذا لو ادعى حد القذف على قاذفه فقال القاذف: أنا عبد وقال المقذوف: اعتقك مولاك وبرهن عليه قضى عليهما أو ادعى المشهود عليه أنَّ الشاهد عبد لفلان فبرهن المدعي أنَّ المالك الغائب أعتقه تقبل ويقضي عليهما وهي حيلة إثبات العتق على الغائب ولو قال القاذف: إنَّ أم المقذوف أمة فلان وقد قذفه بابن الزانية فأقام المقذوف بينـة على أنَّ أمه بنت فلان القريشية فقضى القاضي بالحد فهو قضاء بالنسب أيضاً كما في أكثر الشروح لكن لا يخفى أن كون أمه بنت فلان القريشية لا ينافي كونها أمة لجواز أنَّ أمها أمة فتكون أمة تبعة للأم تدبر وفي البحر، والمنح نظائر كثيرة فليراجع إليهما **(فإن كان)** ما يدعي على الغائب، والأولى وإن كان

. . . .

يقضي على غائب إلاَّ بحضرة نائبة حقيقة كوكيله أو شرعاً كوصي نصبه القاضي أو حكما ب أنْ كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعي على الحاضر)، وقد قدمناه **(فإن كان)** ما يدعي على الغائب **(شرطاً)**

الحاضر فإن كان شرطاً لا يصح ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب ذكر الحق ولا يجوز ذلك للوصي ولا للأب في الأصح.

بالواو (**شرطاً**) لما يدعيه على الحاضر (**لا يصح**) ولا يكون الحكم على الحاضر حكماً على الغائب هذا قول عامة المشائخ وبعض المتأخرين على أنَّ الشرط كالسبب لجامع التوقف، وأطلق ذكر الشرط كما في الهداية لكن في الكافي أنَّ الأصح هو أنَّ الشرط أنْ تضمن ضرر الغائب لا يعطي له حكم السبب قال قاضيخان، وهو الصحيح كما إذا قال لامرأته: إنْ طلق فلان زوجته فأنتِ طالق فأقامت بينة أنَّ فلاناً طلق زوجته لا تقبل بينتها في الأصح وإنْ لم يتضمنه فهو كالسبب كما لو علق امرأته بدخول فلان الدار فأقامت البينة على الدخول تقبل بينتها وفي المنح، وأما حيلة إثبات طلاق الغائب المذكورة في الفصول وغيره فكلها الضعف من أنَّ الشرط كالسبب، فمنها حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقه، ومنها دعواها كفالة بنفقة العدة معلقة بالطلاق ومع هذا لو حكم بحرمة نفذ لاختلاف المشائخ (**ويقرض القاضي مال اليتيم**) وكذا مال الوقف والغائب لقدرته على استخراجه متى شاء مع حصول منفعة الحفظ لكونه مضموناً على المستقرض (**ويكتب ذكر الحق**) أي يكتب الصك لذكر **الحق** مخافة النسيان لكثرة الاشتغال، قاله المولى سعدي فيه إشارة إلى أن انتصاب ذكر الحق علم لكونه مفعولاً له ليكتب، وعندي أنَّ قوله ذكر الحق علم للصك (**ولا يجوز ذلك**) أي الإقراض (**للوصي**) بالإتفاق لعدم قدرته على الاستحصال حتى لو أقرض يضمن (**ولا للأب في الأصح**). وفي المنح وفي الأب روايتان أظهرهما كالوصي، وهو الصحيح كما في الخانية وفي الخلاصة والخزانة الصحيح أنَّ الأب كالقاضي، فقد اختلف التصحيح، والمعتمد ما في المتون ويستثنى من عدم جواز إقراض الأب والوصي على المعتمد إقراضه للضرورة كخوف ونهب، فيجوز اتفاقاً وفي التنوير ولو قضى القاضي بالجور فالغرم على القاضي في ماله إنْ قضى بذلك متعمداً وأقر به ولو قضى خطأً فعلى المقضي له.

. . . .

لما يدعيه على لحاضر كان ادعى عبد على مولاه أنَّه علق عتقه بتطليق زيد زوجته، وبرهن على التطليق بغيبة زيد (**لا يصح**) في الأصح لو فيه ضرر بالغائب، فلو لم يكن كان علق بدخول زيد الدار صح لعدم ضرره. (**قلت**): وثمة حيل ذكرتها في شرح التنوير، وإنْ كان في نفاذ القضاء بلا نائب روايتان أو ثلاث أرجحها عدم النفاذ أو توقفه على إمضاء قاضٍ آخر، (**ويقرض القاضي مال اليتيم**)، والوقف والغائب واللقطة من مليء مؤتمن لا وصي، ولا من يقبله مضاربة ولا مستقلاً يشتريه وله أخذ المال من أبٍ مبذر ووضعه عند عدل كما في القنية (**ويكتب ذكر الحق**) أي يكتب الصك لذكر الحق استحساناً، ولا يجوز ذلك أي الإقراض (**للوصي**) ولا للملتقط (**ولا للأب**) إلاَّ لضرورة كخوف ونهب (**في الأصح**) ولو قاضياً لأنَّه لايقضي لولده فإنْ أقرضوا ضمنوا لعجزهم عن التحصيل بخلاف القاضي. (**فروع**): ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة، لو قضى بالجور متعمداً وأقر به ضمن. وقال محمد: لو تعمد الجور انعزل عن القضاء ومن اعتمد على أمر القاضي الذي ليس بشرعي لم يخرج عن العهدة، وتمامه فيما علقته على التنوير.

فصل

ولو حكم الخصمان من يصلح قاضياً ليحكم بينهما صح ونفذ حكمه عليهما ببينة أو إقرار أو نكول وإخباره بإقرار أحد الخصمين وبعدالة الشاهد حال ولايته ولكل منهما أنْ يرجع قبل حكمه لا بعده وإذا رفع حكمه إلى قاضٍ أمضاه إنْ وافق مذهبه وإلاَّ نقضه

فصــل

في التحكيم هذا من فروع القضاء وتأخيره أنَّ المحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضيَّ بحمكه وعموم ولاية القاضي، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، (**ولو حكم**) من باب التفعيل (**الخصمان من يصلح قاضياً**) بكونه أهلاً للشهادة فلو حكما عبداً أو صبياً أو ذمياً أو محدوداً في قذفٍ لم يصح وتشترط الأهلية وقت التحكيم ووقت الحكم، فلو حكما عبداً فعتق أو صبياً فبلغ أو ذمياً فأسلم، ثم حكم لا ينفذ حكمه، ولو حكم الذميان ذمياً جاز لأنَّه من أهل الشهادة في حقهم، يشترط أنْ يكون المحكم معلوماً فلو حكما أول من يدخل المسجد لم يجز إجماعاً للجهالة (**ليحكم بينهما صح**) الحكم لأنَّهما التزما ورضيا به لولايتهما على أنفسهما (**ونفذ حكمه**) أي حكم المحكوم (**عليهما ببينة أو إقرار أو نكول**) ليكون موافقاً لحكم الشرع بخلاف حكمه بعلمه فإنَّه لا ينفذ (و) نفذ (**إخباره**) أي إخبار المحكم (**بإقرار أحد الخصمين**) بأنْ قال لأحدهما: قد أقررت عندي لهذا بهذا بكذا وقضيت عليك (و) نفذ إخباره (**بعدالة الشاهد**) بأنْ قال لأحدهما: قامت عليك بينة فعدلت عندي، فحكمت لذلك (**حال ولايته**) أي بقاء تحكيمهما لأنَّ الإخبار بالإقرار أو العدالة مقيد لوقوعه قبل قوله: حكمت مثلاً فيصير الإخبار قبل الإنعزال بالحكم وتقوم مقام شهادة رجلين قياساً على سائر القضاة بخلاف إخباره بحكمه لإنقضاء ولايته كالقاضي المعزول (**ولكل منهما**) أي من الخصمين (**أن يرجع قبل حكمه**) لأنَّه مقلد من جهتهما فكان لكل منهما عزله، وهو من الأمور الجائزة فينفرد أحدهما بنقضه كما ينفرد أحد العاقدين في مضاربة وشركة ووكالة إذا لم تكن الوكالة بالتماس الطالب (**لا بعده**) أي لا يصح الرجوع بعد حكمه لأنَّه صدر عن ولايته عليهما كالقاضي إذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه، (**وإذا رفع حكمه**) أي حكم المحكم (**إلى قاضٍ أمضاه إنْ وافق**

. . . .

فصــل

(**ولو حكم الخصمان من يصلح قاضياً ليحكم بينهما صح ونفذ حكمه عليهما**)، سواء حكم (**بينة أو إقرار أو نكول**) لو رضيا به، (و) نفذ (**إخباره بإقرار أحد الخصمين و**) نفذ أيضاً إخباره (**بعدالة الشاهد حال ولايته**) أي بقاء تحكيمها (**ولكل منهما أن يرجع**) بعد وقوعه (**قبل حكمه لا بعده**)، بل يلزمهما ولا يبطل بعزلهما، ولكن لا يتعداهما إلاَّ في مسألة ما لو حكم أحد الشريكين، وغريما له رجلاً فحكم بينهما، وألزم الشريك تعدي للشريك الغائب لأنَّ حكمه كالصلح، (**وإذا رفع حكمه إلى قاضٍ أمضاه إنْ وافق مذهبه وإلاَّ نقضه**) لأنَّ حكمه لا يرفع خلافاً (**ولا يصح التحكيم في حد وقود**) ودية على عاقلة (و)

ولا يصح التحكيم في حد وقود ويصح في سائر المجتهدات قالوا ولا يفتي به دفعاً لتجاسر العوام ولو حكماه في دم خطأ فحكم بالدية على العاقلة لا ينفذ ولا يصح حكم المحكم ولا المولى لأبويه وولده وزوجته ويصح عليهم ويصح لمن ولاه وعليه.

مذهبه) لعدم الفائدة في نقضه ثم فائدة هذا الإمضاء أنْ لا يكون لقاضٍ آخر يرى خلافه نقضه إذا رفع إليه لأنَّ إمضاءه بمنزلة قضائه (**وإلاّ**) أي وإنْ لم يوافق مذهبه (**نقضه**) أي لم يمضه لأنَّه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضي إذا خالف رأيه (**ولا يصح التحكيم في حد**) إذ فيه حق الله تعالى (**وقود**) لأنَّهما لا يملكان إباحة دمهما فلا يجوز حكم المحكم فيهما لتوقف حكمه على صحة تحيكمهما. وقيل: إن حكمه بمنزلة الصلح فيما يجوز فيه الإستيفاء بالصلح واستيفاء الحد، والقود غير مشروع بالصلح، فلا يجوز التحكيم فيهما (**ويصح**) التحكيم (**في سائر المجتهدات**) وغيرها الذي هو الثابت بالكتاب والسنة والإجماع بالطريق الأولى (**قالوا**) أي مشائخنا (**ولا يفتي به**) أي بالتحكيم (**دفعاً لتجاسر العوام**)، وفي البحر، واعلم أنَّ معنى قولهم: لا يفتي به لا يكتب على الفتوى أو لا يجاب باللسان بالحل وإنما يسكت المفتي كما أفاده في الفتاوى الصغرى بقوله: نكتم هذا الفصل، ولا نفتي به وظاهر الهداية أنَّ معناه أنَّ المفتي يجيب بقوله: بلا بخل فليتأمل فيه، انتهى. (**ولو حكماه في دم خطأ فحكم بالدية على العاقلة لا ينفذ**) لأنَّ حكم المحكم لا ينفذ في حق المحكمين ولا ينفذ إذاً في حق العاقلة لأنَّهم ما رضوا بحكمه كما لو حكما في عيب مبيع فقضيَّ برده ليس للبائع أنْ يرده على بائعه، إلاَّ أنْ يرضى البائع الأول والثاني والمشتري بتحكيمه، قيد بكونها على العاقلة لأنَّه ينفذ فيه على القاتل من ماله إذا أقرَّ بالقتل خطأ، وإن لم يقر به لا ينفذ الحكم عليه بها لكونه مخالفاً للنص وهو قوله ﷺ للأولياء: «قوموا افدوه» (**ولا يصح حكم المحكم ولا المولى**)أي القاضي من جهة السلطان (**لأبويه**) وإن علا (**وولده**) وإن سفل (**وزوجته**) لأنَّهم يتهم بحكمه لهم (**ويصح**) حكمهما (**عليهم**) كالشهادة حيث لا تجوز لهم وتجوز عليه (**ويصح لمن ولاه وعليه**) لأنَّ من جاز شهادة له وعليه جاز قضاؤه له وعليهم.

. . . .

حينئذ (**يصح في سائر المجتهدات**) كحكمه بكون الكنايات رواجع، وبفسخ اليمين المضافة للملك، وغير ذلك، لكن (قالوا) يعلم ويكتم، (**ولا يفتي به دفعاً لتجاسر العوام**) فلا يبقى لحاكم الشرع رونق، وظاهر الهادية أنَّه يجيب بلا بخل، فتأمل. (**ولو حكما في دم خطأ فحكم بالدية على العاقلة**) أو القاتل (**لا ينفذ**) حكمه إلاَّ إذا ثبت القتل بإقراره، (و) اعلم أنَّه (**لا يصح حكم المحكم ولا المولى لأبويه وولده وزوجته ويصح**) قضاؤهما (**عليهم**) لعدم التهمة كالشهادة إلاَّ إذا ورد عليه كتاب قاضٍ لمن لا تقبل شهادته له، فيجوز قضاه كما في الأشباه وإلاَّ في الوصية وفيما هو تحت نظره من الأوقاف كما يقضي لأم امرأته ولامرأة أبيه ولو في حياة امرأته وأبيه كما حررته في شرح التنوير (**ويصح**) قضاء القاضي، (**لمن ولاه عليه**) أيضاً ولو المقلد السلطان. (**قلت**): والحاصل أنَّه كالقاضي إلاَّ في مسائل عد منها في البحر سبعة عشر.

مسائل شتى

ليس لذي سفل عليه علو لغيره أنْ يتد في سفله أو ينقب كوة، بلا رضيِّ ذي العلو ولا لذي العلو أن يبني عليه وعندهما لكل منهما فعل ما لا ضرر فيه بلا رضيِّ الآخر

مسائل شتى

جمع شتيت أي متفرقة من كتاب القضاء وهو هنا مرفوع على الوصفية للمسائل والمسائل خبر لمبتدأ محذوف، فإذا قلت: جاءني القوم شتى نصبت على الحال أي متفرقين **(ليس لذي سفل عليه)** أي على السفل **(علو لغيره أنْ يتد)** أي لا يدق وتداً **(في سفله أو ينقب كوة)** بضم الكاف وتشديد الواو وهي الطاقة، وفي الديوان بالفتح الروزنة، وفي البحر بفتح الكاف نقب البيت، ويجمع على كوي بالكسر وقد تضم الكاف في المفرد والجمع ويستعار لمفاتيح الماء إلى المزارع والجداول، وفي الصحاح أنَّ الجمع يمد ويقصر **(بلا رضى ذي العلو ولا لذي العلو أن يبنى عليه)** أو يضع جذعاً لم يكن قبل أو يحدث كنيفاً بلا رضى ذي سفل عند الإمام لكونه من أسباب الضرر فيمنعه القاضي **(وعندهما لكل منهما)** أي من صاحب السفل والعلو **(فعل ما لا ضرر فيه بلا رضى الآخر)**، إذ هو تصرف في ملكه **(وقيل قولهما تفسير لقوله)** أي لقول الإمام: لأنَّه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر إذ ما لا ضرر فيه خلاف بينهم وقيل: لا بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير يجوز اتفاقاً وما فيه ضرر ظاهراً كفتح الباب ينبغي أنْ يمنع اتفاقاً، وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار أو السقف فعندهما لا يمنع لأنَّ الأصل هو الإباحة، لأنَّه تصرف في ملكه، وهو يقتضي الإطلاق والأصل عنده الخطر، لأنَّه تعلق به حقّ محترم للغير، والإطلاق يعارضه الرضى، فإذا أشكل لا يزول المنع على أنَّه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء أو نقصه فيمنع عنه، ولذا لا يملك صاحب السفل أنْ يهدم كالجدار، والسقف.

فكذا نقضه وقول الإمام: قياس وهل يمنع صاحب العلو من التصرف في العلو اختلف المشائخ على قول الإمام، قال صدر الشهيد المختار: أنَّه إذا أشكل أنَّه يضر أم لا لا يملك، وإذا علم أنَّه لا يضر يملك، في البحر لو انهدم السفل بغير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي، ولصاحب العلو أنْ يبني عليه علوه، ثم يرجع ويمنعه من الإنتفاع والسكنى حتى يدفع

. . . .

مسائل شتى

أي متفرقة، وجاؤوا شتى أي متفرقين **(ليس لذي سفل عليه علو)** أي طبقة **(لغيره إنْ يتد)** أي يدق الوتد **(في سفله أو ينقب كوة)** فيه **(بلا رضى ذي العلو)** ولو غير مضر عند أبي حنيفة، **(ولا لذي العلو أن يبنى عليه)** بيتاً أو جذعاً أو كنيفاً بلا رضى الآخر عنده، وهو القياس، **(وعندهما لكل منهما فعل ما لا ضرر فيه بلا رضى الآخر وقيل قولهما تفسير لقوله)**، ولو انهدم السفل بلا صنع ربه لم يجبر على البناء لعدم التعدي ولذي العلو أن يبنى ثم يرجع بما انفق إنْ بنى بإذنه أو إذن قاضٍ وإلاَّ فبقيمة البناء يوم بنائه

وقيل قولهما تفسير لقوله، وليس لأهل زائغة مستطيلة تنشعب منها مستطيَلة غير نافذة فتح باب في المنشعبة وفي النافذة ومستدرية لزق طرفاها لهم ذلك ومن ادعى هبة في وقت فسئل بينة فقال جحدني الهبة فاشتريته منه أو لم يقل ذلك فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة يقبل ولو قبله لا يقبل ومن ادعى أنَّ زيداً اشترى جاريته فأنكر زيد وترك هو

إليه لكونه مضطراً (**وليس لأهل زائغة**) أي سكة (**مستطيلة**) صفة لزائغة أي طويلة (**تنشعب**) أي تتفرع (**منها**) أي من الزائغة المستطيلة (**مستطيلة غير نافذة**) إلى موضع آخر ولا له طريق غير طريق الزائغة المستطيلة (**فتح باب**) في حائط دارهم (**في**) السكة (**المتشعبة**) لأنَّ فتحه للمرور، وليس لهم حق بالمرور بل هو مختص بأهل السكة المتشعبة لأنَّها ملك لها بأجزائها، فمن أراد من أهل السكة الأولى فتح باب فقد أراد أنْ يتخذ طريقاً في ملك الغير، ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من قبل القاضي إلاَّ أنْ يكون صغيراً للريح أو الضوء فلا يمنع (**وفي النافذة**) المتشعبة (**ومستدرية**) هي التي (**لزق طرفاها**) يعني سكة فيها إعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة، والسكة غير نافذة (**لهم**) أي لأهل السكة الأولى، (**ذلك**) أي فتح باب في المتشعبة، أما النافذة فلأن المرور حق العامة، وهم من جملتهم وأنَّ المستديرة التي تصل طرفاها بها فلأنها سكة واحدة من أولها إلى آخرها فان الصحن مشتركاً بين جميع أهل السكة حتى لو بيعت دار في المستديرة تكون الشفعة لجميع أهل السكة قيل: هذا إذا كانت مثل نصف دائرة أو أقل أما إذا كانت أكثر من ذلك لا يفتح أهل الأولى باباً فيها لكونها سكة على حدة (**ومن ادعى هبة في وقت**) يعني ادعى رجل شيئاً في يد رجل أنَّه وهب له وسلمه إليه في وقت كذا (**فسئل بينة**) أي فسأله القاضي بينة لإنكار المدعي عليه (**فقال**) المدعي: (**جحدني**) المدعى عليه (**الهبة فاشتريته منه أو لم يقل**) المدعي (**ذلك**) أي جحدني الهبة (**فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة يقبل**) برهانه في الفصلين لأنَّ المدعي في الحقيقة هو الشراء بعد الهبة (**ولو**) برهن على الشراء (**قبله**) أي قبل وقت الهبة (**لا يقبل**) برهانه كما لو ادعى أولاً أنها أي الدار مثلاً وقف عليه، ثم

. . . .

وتمامه في العيني وغيره، واعلم أنَّه لا يمنع الشخص من التصرف في ملكه مطلقاً عند المتقدمين واستثنى المتأخرون ما إذا كان الضرر بيناً. (**قلت**): وهو أصح ما يفتي به فليحفظ، (**وليس لأهل زائغة**) أي سكة (**مستطيلة تتشعب منها**) سكة مثلها، (**مستطيلة**) لكن (**غير نافذة**) إلى محل آخر (**فتح باب**) للمرور لا للاستضاءة والريح (**في المنشعبة**) الغير النافذة على الصحيح إذ لا حق لهم في المرور، (**وفي النافذة و**) زائغة (**مستديرة لزق**) أي اتصل (**طرفاها**) أي نهاية سعة اعوجاجها بالمستطيلة (**لهم ذلك**) لأنَّها كساحة مشتركة في دار بخلاف ما لو كانت مربعة فإنَّها كسكة في سكة، ولذا يمكنهم نصب البوابة فالقسمة رباعية بهذه الصورة (**زائغة غير نافذة**) زائغة نافذة، زائغة مستديرة، زائغة مربعة) (**ومن ادعى**) على آخر (**هبة**) مع قبض في وقت (**فسئل**) المدعي (**بينة فقال**) قد (**جحدني الهبة فاشتريته منه أو لم يقل ذلك**) أي جحدنيها ومفاده الإكتفاء بإمكان التوفيق. (**قلت**): وهو مختار شيخ الإسلام من أقوال أربعة (**فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة يقبل**) برهانه في الصورتين (**ولو قبله لا يقبل**) لوضوح التوثيق في

خصومته حل له وطؤها ومن أقر بقبض عشرة وادعى أنَّها زيوف أو نبهرجة صدق لا إنْ ادعى أنَّها ستوقة ولا إنْ أقرَّ بقبض الجياد أو حقه أو الثمن أو بالاستيفاء والزيف ما يرده بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار أيضاً والستوقة ما غلب غشه ومن قال لمن أقر له

ادعاها لنفسه أو ادعاها لغيره، ثم ادعاها لنفسه فإنَّه لا تقبل بخلاف ما لو ادعى الملك أولاً ثم ادعى الوقف أو لغيره فإنه يقبل، والفرق أنَّ التوفيق في الوجه الأول ممكن فلا يتحقق التناقض لجواز أنْ يقول: وهب لي منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريته منه منذ أسبوع وفي الوجه الثاني لا يمكن التوفيق فيتحقق التناقض، لأنَّ دعوى الهبة إقرار بأن الموهوب ملك المواهب قبل الهبة فلا تقبل دعوى الشراء قبل وقت الهبة. وفي التبيين ولو لم يذكر لهما تاريخاً أو ذكر لأحدهما ينبغي أن تقبل بينته لأنَّه لا يمكن التوفيق بأن يجعل الشراء متأخراً. وفي البحر أنَّ قوله: جحدني الهبة إشارة إلى أنَّه لا بد من توفيقه **(ومن ادعى أنَّ زيداً اشترى جاريته فأنكر زيد وترك هو)** أي المدعي **(خصومته حل له)** أي للمدعي **(وطؤها)** أي وطؤ الجارية، وكان الظاهر أنْ لا يجوز لإقراره بملك الغير وجه الجواز أنَّ المشتري لما جحد الشراء كان جحوده للبيع فسخاً من جهته إذ الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود إنكار العقد من الأصل، وبهذه المشابهة جعل الجحود مجازاً عن الفسخ لما في التنوير جحود ما عدا النكاح فسخ فلو جحد أنَّه تزوجها ثم ادعاه وبرهن يقبل برهانه بخلاف البيع **(ومن أقر بقبض عشرة)** دراهم من رجل **(وادعى أنَّها)** أي العشرة **(زيوف أو نبهرجة صدق)** مع يمينه لأنَّ الدراهم تقع عليهما أطلته فشمل ما إذا بين ذلك موصولاً أو مفصولاً **(لا)** يصدق **(إنْ ادعى أنَّها ستوقة)** لأنَّ اسم الدراهم لا تقع عليها، وقال صاحب المنح: ولو ادعى أنَّها ستوقة لا يصدق إنْ كان البيان منه مفصولاً، وصدق إنْ كان البيان منه موصولاً **(ولا)** يصدق **(إنْ أقرَّ بقبض الجياد أو حقه أو الثمن أو بالاستيفاء)** لأنَّ الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام ثم في قوله: قبضت دراهم جياداً لا يصدق في دعواه الزيوف مطلقاً سواء كان موصولاً أو مفصولاً، وفيما إذا أقرَّ أنَّه قبض الثمن أو حقه أو استوفى، ثم ادعى أنَّها كانت زيوفاً ينظر فإنْ كان مفصولاً لا يصدق وإنْ كان موصولاً صدق لإمكان التأويل، فالحاصل أنَّه إنْ كان موصولاً صحيح في الكل، والتفصيل في المفصول، والفرق أنَّ في المسائل الثلاث أقرَّ بقبض القدر، والجودة بلفظ واحد، فإذا استثنى كان استثناء البعض من الكل فصح موصولاً كقوله: له علي ألف إلاّ مائة. أما إذا أقرَّ بقبض عشرة جياد فقد أقرَّ بكل منهما بلفظٍ على حدة، فإذا قال: إلاّ أنها زيوف فقد استثنى الكل من

. . . .

الوجه الأول، وظهور التناقض في الثاني، **(ومن ادعى أنَّ زيداً اشترى جارية فأنكر زيد)** الشراء منه، **(وترك هو)** أي المدعي **(خصومة حل له وطؤها)** لدليل الرضى بالفسخ وجحود ما عدا النكاح، فسخ. **(ومن أقر بقبض عشرة دراهم وادعى أنها زيوف أو نبهرجة صدق)** بيمينه لأنَّ اسم الدراهم يعمها بخلاف الستوقة لغلبة غشها فلذا قال: **(لا إنْ ادعى أنها ستوقة)**، وهذا لو مفصولاً فلو موصولاً صدق كما في

بألف ليس لي عليك شيء ثم قال في مجلسه نعم لي عليك ألف لا يقبل منه بلا حجة بخلاف ما لو كذب من قال له: اشتريت مني هذا، ثم صدقه. ومن قال لمن ادعى عليه مالاً ما كان على شيءٍ قط، فبرهن عليه به، فبرهن هو على القضاء أو الإبراء قبل برهانه وإنْ زاد على إنكاره، ولا أعرفك فلا، ولو ادعى على آخر بيع أمته منه وأراد ردها بعيب فأنكر فبرهن المدعي على البيع والمنكر على البراءة من كل عيب لا يسمع برهان المنكر

الكل في حق الجودة كقوله: علي مائة درهم وديناراً إلاَّ ديناراً كان باطلاً وإنْ كان موصولاً كما في البحر نقلاً عن النهاية فعلى هذا يلزم للمصنف التفصيل تدبر **(والزيف ما يرده بيت المال)** للقصور في الجودة إلاَّ أنَّه مقبول بين التجار **(والنبهرجة ما يرده التجار أيضاً)** كما يرده بيت المال للرداءة ومقبولة عند بعض الناس **(والستوقة ما غلب غشه)** أي ظاهرها فضة ووسطها نحاس أو رصاص وهو معرب ستويه، قيد بدعوى المقر لأنَّه لو أقرَّ بقبض دراهم معينة، ثم مات فادعى وارثه أنَّها زيوف لم تقبل.

وكذا إذا أقرَّ بالوديعة أو المضاربة أو الغصب، ثم زعم أنَّها زيوف لم يصدق الوارث، وفي التنوير أقرَّ بدين، ثم ادعى أنَّ بعضه قرض وبعضه ربا، وبرهن عليه قبل برهانه **(ومن قال لمن أقرّ له بألف ليس لي عليك شي)** أو قال بل هو لك أو لفلان **(ثم قال)** له **(في مجلسه)** ذلك **(نعم لي عليك ألف لا يقبل منه بلا حجة)** لأنَّ الإقرار قد ارتد برد المقرّ له، والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم **(بخلاف ما لو كذب من قال له: اشتريت مني هذا، ثم صدقه)** فإنَّه يصح لأنَّ أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقيَّ العقد فعمل التصديق.

أما المقرّ له ينفرد برد الإقرار فافترقا كما في الهداية لكنْ أورد يعقوب باشا في حاشيته سؤالاً وجواباً في هذا المحل فليطالع **(ومن قال لمن ادعى عليه مالاً ما كان لك على شيء قط، فبرهن)** المدعى **(عليه به، فبرهن هو)** أي المدعي عليه **(على القضاء أو الإبراء قبل برهانه)** وقال زفر: لا يقبل لأنَّ القضاء يكون بعد الوجوب، وكذا الإبراء وقد أنكره فيكون مناقضاً، ولنا

التنوير **(ولا)** يصدق أيضاً **(إنْ أقر بقبض الجياد)** ولو موصولاً **(أو)** بقبض **(حقه أو الثمن أو بالاستيفاء)** لو مفصولاً **(و)** اعلم **(الزيف ما يرده بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار أيضاً والستوقة ما غلب غشه)** ولو أقرَّ بدين ثم ادعى أنَّ بعضه قرض وبعضه ربا وبرهن قبل **(ومن قال لمن أقرَّ له بألف ليس عليك شيء)** أي رد إقراره **(ثم)** صدقه بأن **(قال في مجلسه نعم لي عليك ألف لا يقبل منه)** تصديقه بعد رده **(بلا حجة)** أو تصديق خصمه **(بخلاف ما لو كذب من قال له اشتريت مني هذا)** فكذبه **(ثم صدقه)** يقبل تصديقه **(ومن قال لمن ادعى عليه مالاً ما كان لك على شيء قط ف برهن عليه به فبرهن هو على القضاء أو الإبراء)** ولو بعد القضاء بالمال **(قبل برهانه)** لإمكان التوفيق لأنَّ غير الحق قد يقضي، ويبرأ منه دفعاً للخصومة **(وإن زاد على إنكاره ولا أعرفك)** ونحوه **(فلا)** يقبل لتعذر التوفيق وقيل: يقبل لأنَّ المحتجب

وذكر إنْ شاء الله في آخر صك يبطل كله وعندهما آخره فقط وهو استحسان.

أنَّ التوفيق ممكن لأنَّ غير الحق قد يقضي ويبرأ منه، يقال: قضي بباطل، وقد يصالح على شيء فيثبت ظاهراً ثم يقضي كما يقبل برهانه لو ادعى القصاص على آخر، فأنكر المدعي عليه فبرهن المدعي على ما ادعاه من القصاص، ثم برهن المدعي عليه على العفو أو الصلح عن القصاص على مالٍ.

وكذا في دعوى الرق بأنْ ادعى عبودية شخص فأنكر فأقام المدعي بينة على دعواه، ثم ادعى المدعي عليه إعتاقه وأقام بينة يقبل **(وإنْ زاد على إنكاره، ولا أعرفك)** أو لا رأيتك أو لا جرى بيني وبينك معاملة أو مخالطة أو ما اجتمعت معك في مكان **(فلا)** يقبل برهانه على القضاء أو الإبراء لتعذر التوفيق بين كلاميه لأنّه لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة وقال القدوري: يقبل لإمكان التوفيق لأنَّ المحتجب والمخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه، فيأمر بعض وكلائه بارضائه، ولا يعرفه، ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق، وفرع عليه في النهار بأنَّ المدعي عليه لو كان ممن يتولى الأعمال بنفسه لا يقبل، لكن في الإصلاح كلام يمكن جوابه تتبع **(ولو ادعى على آخر بيع أمته منه وأراد ردها)** أي رد الأمة **(بعيب فأنكر)** الآخر البيع **(فبرهن المدعي على البيع)** منه **(و)** برهن **(المنكر على لبراءة من كل عيب لا يسمع برهان المنكر)** لأنَّ اشتراط البراءة تعتبر للعقد من اقتضاء وصف السلامة، إلى غيره فيقتضي وجود العقد، وقد أنكره وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنَّها تقبل لإمكان التوفيق بأنْ باعها وكيله، وأبرأه عن العيب، وفي البحر تفصيل فليطالع وفي التنوير أقرَّ ببيع عبده من فلان، ثم جحده صح **(وذكر إنْ شاء الله في آخر صك)** أي من كتب صك الشراء مثلاً وذكر في آخره، ما أدرك فلاناً من درك، فعلى خلاصة إنْ شاء الله قال: وذكر إنْ شاء الله، ولم يقل وكتب لأنَّ الكتب المجرد ليس كالذكر في الحكم، أو كتب ذكر إقرار على نفسه، وذكر في آخره من قام بهذا الذكر، فهو ولي ما فيه إنْ شاء الله **(يبطل كله)** أي كل الصك عند الإمام قياساً لأنَّ الكل كشيءٍ واحدٍ، فالاستثناء ينصرف إلى جميعه بحكم العطف في أثنائه أما لو ترك فرجة فقالوا: لا يلتحق به، ويصير كفاصل السكوت **(وعندهما)** يبطل **(آخره)** أي ما يليه **(فقط وهو استحسان)** لأنَّ الاستثناء ينصرف إلى ما يليه إذ الصك للاستيثاق، ولو صرف إلى الكل يكون للإبطال، وفي البحر والحاصل أنَّ الشرط إذا تعقب جملاً متعاطفة متصلاً بها فإنَّه للكل، وأما الاستثناء بإلا فإلى الأخير.

. . . .

أو المتخدرة قد يتأذى بالشغب على بابه فيأمر بالصلح **(ولو ادعى على آخر بيع أمته منه وأراد ردها بعيب فأنكر فبرهن المدعي على البيع والمنكر على البراءة من كل عيب لا يسمع برهان المنكر)** للتناقض، وقيل: يقبل لامكان التوفيق بفعل وكيله **(و)** اعلم أنَّ **(ذكر إنْ شاء الله في آخر صك)** أي مكتوب **(يبطل كله)** عنده **(وعندهما آخره فقط وهو)** أي قولهما: **(استحسان)** راجح على قوله: كما في الفتح والله أعلم.

فصل

مات نصراني فقالت زوجته: أسلمت بعد موته وقال وارثه: بل قبله فالقول له وكذا لو مات مسلم فقالت زوجته: أسلمت قبل موته وقال الوارث بل بعده، وإن قال المودع هذا ابن مودعي الميت لا وارث له غيره دفع الوديعة إليه وإنْ قال لآخر هذا ابنه

فصــل

في القضاء بالمواريث ذكر هنا مسألتين تتعلقان باستصحاب الحال، وهو الحكم بثبوت أمر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر (**مات نصراني فقالت زوجته: أسلمت بعد موته**) ولي استحقاق الميراث (**وقال وارثه: بل**) أسلمت (**قبله**) أي قبل موته، ولا ميراث لك (**فالقول له**) أي للوارث لا قولها بغير بينة، وعند زفر القول قولها لأنَّ الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات.

ولنا أنَّ سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال، كما في جريان ماء الطاحونة، والظاهر بلا حجة يصلح للدفع لا للاستحقاق (**وكذا لو مات مسلم فقالت زوجته**) النصرانية (**أسلمت قبل موته**) ولي استحقاق الميراث (**وقال الوارث بل**) أسلمت (**بعده**) وليس لك الميراث، يعني يكون القول للوارث أيضاً ولا يحكم الحال لأنَّ الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، وهي محتاجة إليه.

أما الورثة فهم الدافعون، ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً كما في الهداية والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر، فإن ما ثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كإخبار الآحاد كثيراً ما يوجب استحقاقاً كما في الفتح (**وإنْ قال المودع**) بفتح الدال (**هذا ابن مودعي**) بكسر الدال (**الميت لا وارث له**) أي للمودع (**غيره**) أي غير هذا الابن قيدّه به، لأنَّه لو قال له وارث غيره ولا أدري أمات أم لا، لا يدفع إليه شيئاً حتى يقيم المدعي بينة بقوله: لا نعلم له وارثاً غيره (**دفع الوديعة إليه**) أي إلى الابن، لأنَّ ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت. قيّد بإقراره بالبنوة، لأنَّه لو قال هذا أخوه شقيقة ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضي يتأتى في ذلك، والفرق أنَّ استحقاق الأخ بشرط عدم الإبن لأنَّه وارث على كل حال قيد بالوارث احترازاً عمّا إذا أقرَّ أنَّه وصيّه أو وكيله، أو المشتري منه فإنه لا يدفعها إليه كما في

. . . .

فصــل

(**مات نصراني فقالت زوجته: أسلمت بعد موته وقال وارثه: بل قبله فالقول له**)، تحكيماً للحال كما في مسألة الطاحونة، (**وكذا لو مات مسلم فقالت زوجته: أسلمت قبل موته، وقال الوارث: بل بعده**) فالقول له لأنَّ الحادث يضاف لأقرب أوقاته (**وإنْ قال المودع: هذا ابن مودعي الميت لا وارث له**

أيضاً وكذبه الأوّل قضى للأوّل ولو قسم الميراث بين الورثة أو الغرماء بشهادة لم يقولوا فيها لا نعرف له وارثاً أو غريماً آخر لا يؤخذ منهم كفيل وهو احتياط ظلم وعندهما يؤخذ، ومن ادّعى عقاراً وارثاً له ولأخيه الغائب وبرهن عليه دفع إليه نصفه وترك باقيه

البحر (**وإنْ قال**) المودع (**لآخر**) بعد إقراره للأول (**هذا ابنه أيضاً وكذبه الأول**) وقال ليس له ابن غيري (**قضى للأول**) لا للثاني، لأنَّه لمَّا صحَّ إقراره للأوّل لكونه خالياً عن الكذب، انقطع يد المقر عن الوديعة، فلا عبرة لإقراره للثاني لكونه إقراراً على الغير، ولم يذكر ضمان المودع للثاني، ففي الغاية أنَّه لا يغرم للابن الثاني شيئاً بإقراره له، وفي النهاية فإنْ قيل ينبغي أنْ يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول إذا بدأ بالإقرار بما في يده لإنسان، ثم أقرَّ بأنَّ القاضي المعزول سلمه فإنَّه يضمن للقاضي، قلنا هذا أيضاً يضمن نصيبه إذا دفع إلى المقر له الأوّل بغير رضى القاضي، وهذا هو الصواب كما في الفتح (**ولو قسما لميراث بين الورثة أو الغرماء بشهادة لم يقولوا**) أي الشهود (**فيها**) أي في هذه الشهادة (**لا نعرف له وارثاً**) آخر (**أو غريماً آخر لا يؤخذ منهم**) أي من الورثة أو الغرماء (**كفيل وهو**) أي أخذ الكفيل من قبل القاضي كما فعله البعض (**احتياط ظلم**) أي ميل عن سواء الطريق، وهذا يكشف عن مذهبه أنَّ المجتهد يخطىء ويصيب، لا كما ظنه البعض، وفي الغاية أيْ دليل على أنَّ المجتهد يخطىء ويصيب، على أنَّ الإمام أسبق الأئمة، وأصحابه يبرأ عن مذهب الاعتزال حيث قالوا: كل مجتهد مصيب وتمامه في البحر فليطالع (**وعندهما يؤخذ**) لأنَّ في التكفيل نظراً للغائب على تقدير وجوده، وللإمام أنّ وجود آخر موهوم، فلا يؤخر الثابت قطعاً له أطلقه، فشمل ما إذا ثبت الدين والإرث بالبينة أو بالإقرار، والخلاف في الأول ولا خلاف في أخذ الكفيل في الثاني وهي واردة على إطلاقه، وشمل ما إذا قال الشهود: لا نعلم له وارثاً غيره، وهنا لا يؤخذ الكفيل اتفاقاً، وقيد بعدم التكفيل لأنَّ القاضي يتلوم ولا يدفع إليه حتى يغلب على ظنه أنَّه لا وارث له غيره ولا غريم له آخر اتفاقاً (**ومن ادعى**) على آخر (**عقاراً وارثاً له**) أي لنفسه (**ولأخيه الغائب وبرهن**) المدعى (**عليه**) أيْ على ما ادعاه (**دفع إليه**) أي إلى المدّعي (**نصفه**) أيْ نصف

. . . .

غيره دفع الوديعة إليه) وجوباً كقوله: هذا ابن دايني (**وإنْ قال**) ثانياً (**لآخر هذا ابنه أيضاً و**) لكن (**كذبه**) الابن (**الأول قضى للأوّل**) بكل الوديعة لأنَّه إقرار على الغير وضمن للثاني حظه إنْ دفع للأول بلا قضاء (**ولو قسم الميراث بين الورثة أو الغرماء بشهادة لم يقولوا فيها**) أي في شهادتهم (**لا نعرف له**) أي للميت (**وارثاً أو غريماً آخر**) فحينئذ (**ولا يؤخذ منهم كفيل وهو**) أي أخذ الكفيل (**احتياط ظلم**) من بعض القضاة ولكن يتلوم القاضي مدة ثم يقضي، وهذا عنده لأنَّ جهالة المكفول له تبطل الكفالة. (**قلت**): وفي البحر ما زال أبو حنيفة يخطىء ابن أبي ليلى وهو قاضي الكوفة حتى عزله الخليفة (**وعندهما يؤخذ**) كما لو قسّم بالإقرار حيث يكفلوا اتفاقاً ولو قال الشهود ذلك، فلا اتفاقاً (**ومن ادعى عقاراً إرثاً له**

مع ذي اليد بلا أخذ كفيل منه ولو جاحداً وقالا إنْ كان جاحداً أخذ النصف الآخر منه ووضع عند أمين وفي المنقول يؤخذ منه بالاتفاق وقيل على الخلاف وإذا حضر الغائب دفع إليه نصيبه بدون إعادة البينة ومن أوصى بثلث ماله فهو على كل مال له ولو قال:

ما ادّعاه مشاعاً غير مقسومٍ **(وترك باقيه)** أي ترك نصفه الباقي وهو نصيب الغائب **(مع ذي اليد بلا أخذ كفيل منه)** أي من ذي اليد **(ولو)** كان ذو اليد **(جاحداً)** دعواه عند الإمام هذا ظاهر في صورة الإقرار وأيضاً في صورة الجحود لأنَّ الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه، وليس للقاضي التعرض بلا خصم، كما إذا رأى شيئاً في يد إنسان يعلم أنَّه لغيره لا ينازعه بلا خصم، وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضي إذ القضية صارت معلومة فلا يجحد بعده، فيصير جحوده قبل ذلك لاشتباه الأمر فلا يكون خائناً به، ولأنَّ يد الجاحد يد ضمان ويد الغير أمانة فاليد الأولى للحفظ أولى **(وقالا)** إنْ لم يكن جاحداً فكذا **(إنْ كان جاحداً أخذ)** أي أخذ القاضي **(النصف الآخر منه)** أيْ من ذي اليد **(ووضع عند أمين)** حتى يقدم الغائب لخيانته بجحوده فلا نظر في تركته **(وفي المنقول يؤخذ منه)** أي من ذي اليد **(بالإتفاق)** أي إذا كانت الدعوى في المنقول فقيل: يؤخذ منه ويوضع عند عدل إلى حضور صاحبه اتفاقاً في الأصح لإمكان كتمان المنقول بخلاف العقار، لأنّه محفوظ بنفسه ولذلك يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون بيع العقار **(وقيل)** هذا **(على الخلاف)** يعني عند الإمام يترك نصفه الباقي مع ذي اليد، ولا يستوثق نفسه بكفيل، وعندهما يؤخذ منه، ويوضع على يد عدل، وقيل: يؤخذ الكفيل بالاتفاق لجحوده، وأجمعوا على أنَّه لا يؤخذ لو مقراً كما في البحر **(وإذا حضر الغائب دفع إليه)** أيْ إلى الغائب **(نصيبه بدون إعادة البينة)** لعدم الحاجة إلى إعادتها وإلى القضاء، لأنَّ أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت، فيثبت الملك للميت، ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه.

وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه ديناً أو عيناً فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك كما في التبيين، وفي البحر ولم يذكر فيه اختلافاً، وذكره في الفصولين وصحح أنَّه لا يحتاج.

. . . .

ولأخيه الغائب) أي من أبيهما **(وبرهن عليه دفع إليه نصفه)** مشاعاً **(وترك باقيه مع ذي اليد بلا أخذ كفيل منه ولو جاحداً)** لدعواه لأنَّ ذا اليد قد اختاره الميت، فلا تقصر يده بلا دعوى مدع حاضر عنده **(وقالا: إن كان)** ذو اليد **(جاحداً)** دعواه **(أخذ)** أي القاضي **(النصف الآخر منه ووضع عند أمين)** لخيانة الجاحد **(وفي)** دعوى **(المنقول يؤخذ)** النصف الآخر منه **(بالاتفاق)** لاحتياج المنقول للحفظ **(وقيل)**: المنقول كالعقار **(على الخلاف)** أي فيترك النصف في يد ذي اليد.

(قلت): وهذا هو الأصح كما في الدرر والتنوير، وظاهر صنيع المصنف وصاحب البحر ترجيح أنَّه ليس كالعقار، وفي النهاية أنَّ قولهما استحسان **(وإذا حضر)** هذا **(الغائب دفع إليه نصيبه بدون إعادة البينة)** والقضاء في الأصح لانتصاب أحد الورثة خصماً للميت حتى تقضي منها ديونه.

مالي أو ما أملك صدقة فهو على مال الزكاة ويدخل فيه أرض العشر عد أبي يوسف خلافاً لمحمد فإن لم يكن له مال غيره أمسك منه قوته فإذا أصاب ما لا تصدق بمثل ما أمسك ومن أوصى إليه ولم يعلم فهو وصي وقبل في الإخبار بالتوكيل خبر فرد وإنْ

وكذا ينتصب أحدهم فيما عليه مطلقاً إنْ كان ديناً، وإن كان في دعوى عين، فلا بد من كونها في يده، ليكون قضاءً على الكل وإن كان البعض في يده نفذ بقدره، وظاهر ما في الهداية والنهاية أنَّه لا بد من كونها كلها في يده في دعوى الدين أيضاً، وصرّح في الفتح في الفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو انتهى **(ومن أوصى بثلث ماله فهو)** أي الثلث يقع **(على كل مال له)** لأنها أخت الميراث، والميراث يجري في الكل وكذا هي **(ولو قال: مالي أو ما أملك صدقة فهو)** يقع **(على مال الزكاة)** كالنقدين، ومال السوائم، وأموال التجارات، بلغ النصاب أولاً وسواء كان عليه دين مستغرق أولاً، لأنَّ المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها، ولا شرائطها، فإنْ قضى دينه لزمه أنْ يتصدَّق بعده بقدر هذا عندنا وهو استحسان، والقياس استواؤهما، وهو قول زفر، لأنَّ اسم المال يتناول الكل، وجه الاستحسان إن ما أوجبه العبد لنفسه معتبر بإيجاب الله تعالى لعبده، إذ الشرع صرف الصدقة إلى المال الذي فيه الزكاة لا إلى كل المال.

وكذا ينصرف إيجاب العبد إليه بخلاف الوصية لأنها تعتبر بالميراث فتجري في جميع الأموال **(ويدخل فيه)** أي في النذر **(أرض العشر عند أبي يوسف)** لكون مصرفها مصارف الزكاة، **(خلافاً لمحمد)** فإنَّه قال: لا تدخل أرض العشر لما فيها من معنى المؤونة، وكذا وجب العشر في أرض الصبي، والمكاتب، والأوقاف، وضم الإمام إليه في النهاية، ولا تدخل الخراجية لتمحضها للمؤونة **(فإن لم يكن له)** أي لهذا الشخص **(مال غيره)** أي غير ما دخل تحت الإيجاب **(امسك منه)** أي من ذلك المال قدر **(قوته)** أي قوت نفسه وعياله لاحتياجه إليه **(فإذا أصاب)** بعد ذلك **(مالاً تصدق بمثل ما أمسك)** ليكون مؤدياً ما أوجبه، ولم يقدر بشيء لاختلاف أحوال الناس، وقيل: المحترف يمسك قوته ليوم، وصاحب الغلة لشهر، وصاحب الضياع لسنة، على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال، قيد بالمال والملك من غير تعيين شيء، للاحتراز عما إذا قال ألف درهم من مالي صدقة، وهو لا يملك إلا مائة، لا يلزمه إلاّ بقدر ما يملك، وإنْ لم يكن له شيئاً لا يجب عليه شيء كما في البحر **(ومن أوصى إليه ولم**

. . . .

(قلت): وإنما يكون خصماً بشروط تسعة مبسوطة في البحر، والحق الفرق بين الدين والعين وغيره سهو فتنبه **(ومن أوصى بثلث ماله فهو)** يقع **(على كل مال له)** لأنَّها أخت الميراث **(ولو قال)**: إنْ فعلت كذا يكون **(مالي أو ما أملكه صدقة فهو)** يقع **(على)** جنس **(مال الزكاة)** استحساناً **(ويدخل فيه أرض العشر عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، فإنْ لم يكن له مال غيره أمسك منه قوته، فإذا أصاب ما لا تصدق بمثل ما أمسك)** لتقدم حاجته.

فاسقاً لا في العزل منه إلاّ خبر عدل أو مستورين، وعندهما هو كالأول وكذا الخلاف في إخبار السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر بالتزويج ومسلم لم يهاجر بالشرائع. ولو

يعلم(الوصي بالإيصاء (فهو وصي) حتى لو باع شيئاً من التركة بعد موت الموصى بغير علم يجوز بيعه وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنَّه لا يصح بلا علمه (بخلاف التوكيل) أيْ لا يصح بدون علم الوكيل بذلك، ولذا لو باع شيئاً من متاع الموكل لا يجوز بيعه، والفرق أنَّ الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف علم العلم كتصرف الوارث، وأمَّا الوكالة فإثبات ولاية التصرف في ماله وليست باستخلاف لبقاء ولاية المنوب عنه، فلا تصح ممن تثبت له الولاية (وقبل في الاخبار بالتوكيل خبر فرد وإنْ) كان ذلك الفرد (فاسقاً) أي لا يشترط لصحة التوكيل خبر عدل، بل يثبت بخبر الواحد سواء كان عدلاً، أو فاسقاً، أو عبداً، أو صغيراً مميزاً، إذ ليس فيها الزام كسائر المعاملات لأنَّ الوكيل إنْ شاء يستوفي (لا) يقبل (في العزل منه) والظاهر أنَّ الضمير راجع إلى التوكيل لكن لا معنى له بل الأولى أنْ يترك قوله منه، واكتفى في العزل، أي: لا يقبل في عزل الوكيل تدبر (إلاّ خبر عدل) أيْ لا يقبل خبر فاسقين وفيه إشعار بأنَّه لا يشترط لفظ الشهادة (أو مستورين) وظاهر قوله أنَّه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف، والصحيح قبوله وثبوت هذه الأحكام، لأنَّ تأثير خبر الفاسقين أقوى من تأثير خبر العدل، بدليل أنَّه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة فاسقين نفذ كما في البحر، وهذا عند الإمام (وعندهما هو) أي العزل (كالأول) أي التوكيل في أنَّه يقبل في الإخبار بالعزل خبر فرد، ولو كان فاسقاً كالإخبار بالتوكيل، وعند الأئمة الثلاثة شرط في العزل، والنصب عدلان (وكذا الخلاف) بين الإمام وصاحبيه (في إخبار السيد بجناية عبده) يعني لو أخبر به فاسق للسيد بأنَّ عبده جنى خطأ فباع أو أعتق لا يصير مختاراً للفداء عنده، وعندهما يصير مختاراً (والشفيع بالبيع) يعني الشفيع إذا سكت بعدما أخبر فاسق بالبيع لا يكون تاركاً للشفعة عنده، وعندهما يكون (والبكر) البالغ (بالتزويج) يعني إذا أخبر فاسق البكر البالغ بالنكاح فسكتت، لا تصير راضية بالنكاح عنده خلافاً لهما (ومسلم لم يهاجر بالشرائع) متعلق بإخبار مقدر أي من أسلم

. . . .

(قلت): وحيلته أن يبيع ملكه من رجل بثوب في منديل ويقبضه ولم يره، ثم يفعل ذلك، ثم يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شيء، وقد حررته في شرح التنوير، (ومن أوصى إليه ولم يعلم) الوصي إيصاءه (فهو وصي) فصح تصرفه (بخلاف التوكيل) والفرق أنَّ تصرف الوصي خلافة، والوكيل نيابة، (وقبل في الأخبار بالتوكيل: خبر فرد وإن) وصلية (فاسقاً لا) يقبل (في العزل منه إلا خبر عدل).

وكذا فاسق إنْ صدقه كما في العناية (أو مستورين) وكذا فاسقين في الأصح كما في التنوير وهذا عنده، (وعندهما هو كالأول) فيكفي خبر الواحد (وكذا الخلاف في إخبار السيد بجناية عبده) فلو باعه كان مختاراً للفداء (والشفيع بالبيع والبكر بالتزويج ومسلم لم يهاجر بالشرائع)، وكذا الإخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون، وفسخ شركة وعزل قاضٍ، ومتولي وقف. (قلت): فهذه عشر يشترط فيها

باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لا يضمن ويرجع المشتري على الغرماء ولو باعه الوصي لأجلهم بأمر القاضي ثم استحق أو مات قبل قبضه وضاع المال رجع المشتري على لوصي وهو على الغرماء ولو قال لك قاضي عدل

في دار الحرب فأخبر بالشرائع فاسق، لا يؤاخذ عنده خلافاً لهما إنّ كل واحد منهم من جنس المعاملات، فلا يتوقف على أحد وصفي الشهادة، وله أنَّ فيها إلزاماً من وجه دون وجه فيشترط أحد شطري الشهادة.

أما العدد أو العدالة فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبي، وإن وجد العدد أو العدالة هذا مقيد بأن يكون المخبر غير الخصم ورسوله، فلا يشترط فيه العدالة لو أخبر الشفيع المشتري بنفسه وجب الطلب إجماعاً، والرسول يعمل بخبره وإنْ كان فاسقاً اتفاقاً صدقه أو كذبه كما ذكره الاسبيجابي لكن في المنح تفصيل فليطالع (**ولو باع القاضي أو أمينه عبداً**) لرجل (**للغرماء**) أي لأجل ديونهم (**وأخذ المال**) أي القاضي أو أمينه الثمن (**فضاع**) عند القاضي أو أمينه (**واستحق العبد**) ونزع من يد المشتري (**لا يضمن**) القاضي، ولا أمينه الثمن للمشتري لأنَّ القاضي أو أمينه بمنزلة الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة، فيلزم تعطيل مصالح المسلمين، وفي البحر أنَّ أمين القاضي هو من يقول له القاضي جعلتك أميناً في بيع هذا العبد.

أما إذا قال بع هذا العبد، ولم يزد عليه اختلف المشائخ، والصحيح أنَّه لا تلحقه عهدة (**ويرجع المشتري على الغرماء**) لأنَّ البيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما يجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل بأنْ كان صبياً أو عبداً محجوراً عليه (**ولو باعه**) أي العبد (**الوصي لأجلهم**) أي لأجل الغرماء (**بأمر القاضي**) له بالبيع وقبض ثمنه (**ثم استحق**) العبد (**أو مات قبل قبضه**) أي قبض المشتري من الوصي (**وضاع المال**) أي ثمن العبد (**رجع المشتري**) بالثمن (**على الوصي**) لأنَّه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه كما إذا وكله حال حياته، وكذا الوصي الذي نصبه القاضي لأنَّه نصبه ليكون قائماً مقام الميت (**وهو**) أي الوصي يرجع (**على الغرماء**) لأنَّه عامل لهم ومن عمل عملاً لغيره ولحقه بسببه ضمان يرجع به من يقع له العمل، وفي البحر، والتقييد بأمر القاضي اتفاقي وليعلم حكمه

. . . .

أحد شطري الشهادة لا لفظها، كما حررته في شرح التنوير، (**ولو باع القاضي أو أمينه عبداً**) لأجل الدين (**للغرماء وأخذ المال**) ثمن العبد (**فضاع**) ثمنه عند القاضي أو أمينه وإنْ لم يقل: جعلتك أميناً في بيعه على الصحيح كما في الولوالجية (**واستحق العبد**) أوضاع قبل تسليمه (**لا يضمن**) لأنَّ القاضي كالإمام، وأمينه كهو، وكل منهم لا يضمن بل ولا يخلف بخلاف نائب الناظر، (**ويرجع المشتري على الغرماء لتعذر الرجوع على العاقد**)، (**ولو باعه الوصي لأجلهم بأمر القاضي**) أو بلا أمره (**ثم استحق**) العبد (**أو مات قبل قبضه وضاع المال**) في يد الوصي (**رجع المشتري على الوصي**) لرجوع الحقوق إليه (**وهو**)

عالم قضيت على هذا بالرجم أو القطع أو الضرب فافعله وسعك فعله. وكذا في العدل غير العالم إنْ استفسر فأحسن تفسيره وإلاّ فلا ولا يعمل بقول غير العدل مطلقاً ما لم يعاين سبب الحكم ولو قال قاضٍ عزل لشخص أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك أو قال قضيت بقطع يدك في حق فقال بل أخذتها أو قطعت ظلماً واعترف بكون ذلك حال ولايته صدق القاضي ولا يمين عليه ولو قال فعلته قبل ولايتك

بغير أمره بالأولى، ولهذا قال الإمام الحصيري: وأمر القاضي وعدم أمره سواء وفي التنوير أخرج القاضي الثلث للفقراء، ولم يعطهم إياه حتى هلك كان الهلاك من مال الفقراء والثلثان للورثة (**ولو قال لك قاضي عدل عالم قضيت على هذا بالرجم أو القطع أو الضرب فافعله وسعك فعله**) ولا يلام عليه عند الله، لأنَّ طاعة أولي الأمر واجبة وتصديقه طاعة له، وقول مثل هذا القاضي حجة، وقال محمد: آخراً، وهو مذهب مالك والشافعي، لا يقبل قوله حتى يعاين الحجة لأنَّ قول القاضي يحتمل الغلط والتدارك، لا يمكن وكثير من مشائخنا أخذوا به وفي عيون المذاهب، وبه يفتي لفساد أكثر قضاة زماننا، وفي البحر تفصيل فليراجع (**وكذا**) وسعك فعله (**في**) القاضي (**العدل غير العالم إنْ استفسر فأحسن تفسيره**) أي لو قال قاضٍ جاهل عادل يلزم أنْ تسأله عن سببه فإن أحسن تفسير قضائه على مقتضى الشرع بأنْ قال مثلاً استقصيت المقر به كما هو المعروف، وحكمت عليه بالرجم يسع لك فعل ما أمر به (**وإلاّ**) أي وإن لم يحسن تفسيره (**فلا**) يسع لك فعل ما أمر به لخطائه بسبب الجهل (**ولا يعمل بقول غير العدل مطلقاً**) سواء كان عالماً أو جاهلاً لتهمة الخيانة بفسقه (**ما لم يعاين سبب الحكم**) أي يعاين سبباً شرعياً للحكم فحينئذ يعمل بقوله لانتفاء التهمة (**ولو قال قاضٍ عزل لشخص أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قضيت بها**) أي بتلك الألف (**عليك أو قال قضيت بقطع يدك في حق فقال**) ذلك الشخص (**بل أخذتها**) أي تلك الألف (**أو قطعت**) يدي (**ظلماً**) متعلق بأخذت، وقطعت على التنازع (**واعترف**) ذلك الشخص (**بكون ذلك**) أي الأخذ أو القطع (**حال ولايته**) أي ولاية

. . . .

يرجع (**على الغرماء**) لأنَّه عامل لهم، ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه بدينه هو الأصح (**ولو قال لك قاض عدل عالم قضيت على هذا**) الشخص (**بالرجم أو القطع**) في سرقة (**أو الضرب**) في حد (**فافعله وسعك فعله**) وجوب طاعة ولي الأمر ومنعه محمد حتى يعاين الحجة واستحسنوه في زماننا، وفي العيون وبه يفتي إلاَّ في كتابة القاضي للضرورة، وقيل: يقبل لو عدلاً عالماً (**وكذا في العدل غير العالم إنْ استفسر فأحسن تفسيره**) فيصدق (**وإلاّ فلا ولا يعمل بقول غير**) القاضي، (**العدل مطلقاً**) ولو عالماً أحسن تفسيره للتهمة فالقضاة أربعة (**ما لم يعاين**) الحجة أي (**سبب الحكم**) الشرعي لتنتفي التهمة (**ولو قال قاضٍ**) قد (**عزل لشخص أخذت منك ألفاً ودفعتها**) أي الألف (**إلى فلان قضيت بها**) أي بالألف (**عليك**) لفلان (**أو قال قضيت بقطع يدك في حق فقال**) الشخص للقاضي (**بل أخذتها**) أي الألف (**أو قطعت**) إليه (**ظلماً و**) لكن (**اعترف**) هذا الشخص (**بكون ذلك**) أي الأخذ والقطع (**حال ولايته**) القضاء

أو بعد عزلك، وادعى القاضي فعله في ولايته فالقول له أيضاً هو الصحيح والقاطع أو الآخذ إنْ كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن هنا لا في الأول.

القاضي (**صدق القاضي ولا يمين عليه**) لأنَّ المدعي أقرَّ بكون الأخذ في حال قضائه فكأنه رضي بشهادة الظاهر، هو أنَّ القاضي لا يظلم في قضائه لكونه أميناً فيما فوض إليه، ويقبل قوله بلا يمين لأنَّه لو لزمه اليمين يصير خصماً وقضاء الخصم لاينفذ فتعطل أمور الناس، وفي القهستاني، وقبل وجوباً قول قاضي عدل: قضيت أنا بهذا العقار لزيد مثلاً لفقد التهمة، وهذا ظاهر الرواية، وعن محمد أنَّه رجع إلى أنَّه لم يقبل وبه أخذ أكثر المشائخ كما مر آنفاً واستفيد من قوله قضيت أنا بهذا العقار لزيد أنَّ المقضي أو المقضى عليه معلومان، وإلا لا يقبل للتهمة لأنَّ القضاة في زماننا غير معتمد كما في أكثر الكتب، وعلى هذا لم يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في شيء ما كما في الكرماني (**ولو قال**) ذلك الشخص للقاضي (**فعلته قبل ولايتك أو بعد عزلك، وادعى القاضي فعله في**) زمان (**ولايته فالقول له**) أي للقاضي (**أيضاً هو الصحيح**) لأنَّه متى اعترف أنَّه كان قاضياً صحت إضافة الأخذ إلى حالة القضاء لأنَّ حالة القضاء معهودة، وهي منافية للضمان فصار القاضي بالإضافة إلى تلك الحالة منكراً للضمان، فكان القول له كما لو قال: طلقت أو أعتقت، وأنا مجنون وجنونه كان معهوداً، وقوله هو الصحيح احتراز عما قاله السرخسي إذا زعم المدعي أنَّ القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لأنَّ هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخاً سابقاً لا يصدق إلاَّ بحجة لأنَّ الأصل متى وقعت المنازعة في الإسناد يحكم الحال (**والقاطع أو الآخذ إنْ كانت دعواه كدعوى القاضي ضمني**) القاطع أو الآخذ (**هنا**) أي فيما قال المدعي: فعلته قبل ولايتك أو بعد عزلك (**لا**) يضمن (**في الأول**) أي فيما اعترف للمدعي بكون ذلك حال ولايته أي إذا أقرَّ القاطع أو الآخذ بما أقرّ به القاضي لم يضمن لأنَّ قول القاضي حجة ودفعه صحيح، فصار إقراره به كفعله، معايناً، ولو أقرّ واحداً منهما في الفصل الثاني بما أقرّ به القاضي يضمن لأنَّه أقرَّ بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه، لا في إبطال سبب ضمان على غيره

. . . .

(**صدق القاضي ولا يمين عليه**) إذ لو لزمه اليمين صار خصماً وقضاء الخصم لا يجوز (**و**) كذا الحكم (**لو قال فعلته قبل ولايتك**) للقضاء (**أو بعد عزلك وادعى القاضي فعله**) ذلك (**في ولايته فالقول له**) أي للقاضي (**أيضاً هو الصحيح**) لأنَّه أسند فعله لحالة معهودة منافية للضمان فيصدق إلاَّ أنْ يبرهن الشخص على كونهما في غير قضائه فالقاضي يكون مبطلاً، ذكره صدر الشريعة (**والقاطع أو الآخذ إنْ كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن هنا لا في الأول**). (فروع): ومن صب دهناً لإنسان عند الشهود، وقال: كانت نجسة وأنكره المالك، فالقول للصاب، ولو قتل رجلاً وقال: قتلته لردته أو لقتله أبى لم يسمع قوله إذا مر الدم عظيم بخلاف المال، كل ما يجب على القاضي والمفتي لا يحل له أخذ الأجر كإنكاح

....

بخلاف الأول لأنَّه ثبت فعله في قضائه بالتصادق، وفي التنوير صب شخص دهناً لإنسان عند الشهود، وقال الصاب: كانت الدهن نجسة وأنكره المالك فالقول للصاب ولو قتل شخص رجلاً، وقال قتلته لردته أو لقتله أبي لم يقبل قوله.

....

صغير، وجواب بالقول، وأما بالكتابة فيجوز بقدرها والتنزه أولى، وفي الوهبانية، وليس له أجر وإنْ كان قاسماً، وإن لم يكن من بيت مال مقرر، ورخص بعض لانعدام مقرر. وفي عصرنا فالقول الأول ينصر، وجوز للمفتي على كتب خطه، على قدره إذ ليس في الكتب يحصر، انتهى.

كتاب الشهادات

هي إخبار بحق للغير على الغير على مشاهدة لا عن ظن ومن تعين لتحملها لا يسعه أنْ

كتاب الشهادات

أخرها عن القضاء لأنَّها كالوسيلة، وهو المقصود، وشروطها كثيرة تأتي في أثناء المسائل، حتى قال صاحب البحر: إنَّ شرائطها أحد وعشرون، وشرائط التحمل ثلاثة، وشرائط الأداء سبعة عشر منها عشر شرائط عامة، ومنها سبعة شرائط خاصة، وشرائط نفس الشهادة ثلاثة، وشرط مكانها واحد وسبب وجوبها طلب ذي الحق، أو خوف فوت حقه، فإنَّ من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق، وخاف فوت الحق يجب عليه أنْ يشهد عليه بلا طلب، انتهى هذا ليس بمسلم لأنَّه لا يجب أنْ يشهد بدون الطلب مطلقاً بل يجب عليه أنْ يعلم صاحب الحق بأنَّه يشهد له، فإن دعاه وجب عليه، وإلاَّ فلا يجب بل هو مقيد بأنْ يكون ادعى عند القاضي، ولم يجد شاهداً يتم به مدعاه، وذلك الشاهد حاضر يجب أنْ يشهد، فهذا فيه طلب حكمي لأنَّ المدعي ما ادعى عند الحاكم إلاَّ وهو يطلب من يشهد له بحقه كما ذكره المقدسي، ومحاسنها كثيرة منها امتثال الأمر في قوله تعالى: ﴿كونوا قوامين لله شهداء بالقسط﴾ [المائدة: ٨]، وركنها استعمال لفظ الشهادة وحكمها، وجوب الحكم على القاضي

كتاب الشهادات

أخرها عن القضاء لأنَّها كالوسيلة، وهو المقصود **(هي)** لغة إخبار قاطع وشرعاً **(إخبار بحق للغير على الغير)**، يعني بلفظ الشهادة عند القاضي.

كذا قيده به في البرهان **(عن مشاهدة)** وعيان **(لا عن ظن)** وحسبان فإطلاقها على الزور مجاز كإطلاق اليمين على الغموس، والشهادة برؤية الهلال ليست بشهادة حقيقة، ولذا لا يشترط لفظ الشهادة على رأي، والقول بأنَّها شهادة بالصوم، أو الفطر للشارع على المكلف يكون إخباراً بحق له على نفسه، وشرائطها أحد وعشرون ذكرتها في شرح التنوير، **(ومن تعين لتحملها لا يسعه أنْ يمتنع**

يمتنع منه ويفترض أداؤها بعد التحمل إذا طلبت منه إلاَّ أنْ يقوم الحق بغيره وسترها في

بما ثبت بها. وفي المبسوط والقياس، يأبى كون الشهادة حجة ملزمة، لأنَّها تحتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة إلاَّ أنَّ هذا القياس ترك بالنصوص والإجماع والشهادة في اللغة خبر قاطع، وقد شهد كعلم وكرم، وقد يسكن هاؤه وشهده كسمعه شهوداً حضره فهو شاهد، وقوم شهود أي حضور وشهد له بكذا شهادة أي، أدى ما عنده فهو شاهد، والجمع شهد، وتمامه في البحر فليطالع. وفي التبيين هي إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان هذا في اللغة فلهذا قالوا إنّها مشتقة من الشهادة التي تنبىء عن المعاينة، وسمي الأداء شهادة إطلاقاً لاسم السبب على المسبب، انتهى، وهو خلاف الظاهر، وإنَّما هو معناها الشرعي أيضاً، كما في البحر، وعن هذا قال: **(هي)** أي الشهادة **(إخبار)** شرعي **(بحق)** أي بمال أو غيره **(للغير)** أي حصل لغير المخبر من كل الوجوه كما هو المتبادر فيخرج عنه الإنكار، فإنَّه إخبار به لنفسه في يده، وكذا دعوى الأصيل فإنَّه إخبار لنفسه في يد غيره.

وكذا دعوى الوكيل فإنَّه ليس بإخبار للغير من كل الوجوه كما ظن كما في القهستاني **(على الغير)** فخرج الإقرار إذ هو إخبار على نفسه، وتدخل فيه الشهادة بالزناء والبيع ونحوهما **(عن مشاهدة لا عن ظن)** وإليه الإشارة المصطفوية حيث قال: إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلاّ فدع، وفي العناية، وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة، فالأخبار كالجنس يشملها والأخبار الكاذبة، وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظة الشهادة يخرج لإخبار الصادقة غير الشهادات انتهى. ويرد عليه قول القائل، في مجلس القاضي، أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات، والأولى أنْ يزاد لإثبات حق كما في المنح **(ومن تعين لتحملها)** أي الشهادة بأنْ لا يوجد غيره ممن هو أهل للشهادة **(لا يسعه أن يمتنع منه)** أي من التحمل إذا طلب لأنَّ في الامتناع من التحمل من تضييع الحقوق، وإنْ لم يتعين للتحمل بأن يوجد غيره فهو مخير **(ويفترض أداؤها)** أي أداء الشهادة **(بعد التحمل إذا طلبت)** الشهادة **(منه)** أي من الشاهد لقوله تعالى ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: الآية ٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وهذا وإن كان نهياً عن الإباء والكتمان، لكنَّ النهي عن الشيء يكون أمراً بضده، إذا كان له ضد واحد لأنَّ الانتهاء لا يكون إلاَّ بالاشتغال به، فكان أداء الشهادة فرضاً قطعاً كفريضة الانتهاء عن

. . . .

منه)، وإن لم يتعين فلا بأس بالتحرز عنه، **(ويفترض أداؤها بعد التحمل إذا طلبت منه)** ولو حكماً، لكن بشرط سبعة منها: عدالة قاضٍ، وقرب مكان وعلمه بقبوله أو بكونه أسرع قبولاً وهما فرض كفاية حتى لو لم يكن إلاَّ شاهدان لتحمل أو أداء تعيناً، وكذا الكاتب إذا تعين لكن له أخذ الأجرة لا للشاهد، حتى لو أركبه بلا عذر، لم تقبل وبه تقبل لحديث أكرموا الشهود، وجوز أبو يوسف الأكل مطلقاً، وبه يفتي كما في البحر والخانية وغيرهما **(إلاَّ أنْ يقوم الحق بغيره)** أي فلا يفترض، وهذا في حق العبد، وأما في

الحدود أفضل ويقول في السرقة أخذ لا سرق وشرط للزناء أربعة رجال وللقصاص وبقية

الكتمان، فصار كالأمر به بل آكد، ولهذا أسند الإثم إلى الآلة التي وقع بها الفعل، وهو القلب لما عرف أنَّ إسناد الفعل إلى محله أقوى من الإسناد إلى كله، فقوله: أبصرته بعيني آكد من قولهم أبصرته وإسناده إلى أشرف الجوارح دليل على أنَّه أعظم الجرائم بعد الكفر ثم أداء الشهادة إنما يجب إذا كان موضع الشاهد قريباً من موضع القضاء، وإن كان بعيداً بحيث لا يمكن أنْ يجيء إلى القاضي، ويرجع بعده في يومه، هذا إلى منزله لا يأثم بتركها ولو كان شيخاً كبيراً لا يقدر على المشي يجوز له الركوب على مركب المدعي، وإلاَّ فلا، وفي البحر لو شهد عند الشاهد عدلان، إنَّ المدعي قبض دينه أو أنْ الزوج طلقها ثلاثاً، أو أنَّ المشتري اعتق العبد أو أنَّ الولي عفى عن القاتل لا يسعه أنْ يشهد بالدين، والنكاح والبيع والقتل (**إلاَّ أنْ يقوم الحق بغيره**) بأن يكون في الصك سواء ممن يقوم به الحق، فحينئذ لا يفترض لأنَّ الحق لا يضيع بامتناعه ولأنَّها فرض كفاية، وفي الدرر، ثم أنَّه إنما يأثم إذا علم أنَّ القاضي يقبل شهادته، وتعين عليه الأداء وإنْ علم أنَّ القاضي لا يقبل شهادته أو كانوا جماعة فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت، لا يأثم وإنْ أدى غيره، ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد إذا كان ممن تقبل شهادته، لأنَّ امتناعه يؤدي إلى تضييع الحق. قال شيخ الإسلام: لو أخر الشاهد الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة (**وسترها**) أي ستر الشهادة (**في الحدود أفضل**) من أدائها يعني أنَّه يخير بين أن يظهرها لما فيه من إزالة الفساد، أو قلته وبين أنْ يسترها وهو أحسن لقوله عليه الصلاة والسلام: «للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيراً لك»[1]، وفي الحديث من ستر على مسلم ستر الله تعالى عليه في الدنيا، والآخرة وقد صح أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام لقن المقر بالزناء لدرء الحد عنه فشهر، وكفى به قدوة.

وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين، وأما قوله تعالى: ﴿ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣] فذلك في حقوق العباد، وفي البحر تفصيل فليطالع (**ويقول**) الشاهد (**في**) شهادة (**السرقة**) أشهد أنَّه (**أخذ**) ماله لئلا يلزم ترك الواجب (**لا سرق**) للتحرز عن وجوب **الحد**، وضياع المال، لأنَّ القطع والضمان لا يجتمعان فاعتبر في السرقة الستر مع الشهادة.

. . . .

حقوق الله تعالى فيفترض بلا طلب (**و**) لكن (**سترها في الحدود أفضل**) لحديث من ستر ستر فالأولى الكتم إلاَّ لمتهتك، كما حررناه في شرح التنوير، وكتبنا فيه أيضاً أنَّه ليس لنا مدعي حسبة إلاَّ في الوقف على القول المرجوح، وأنَّ لنا شاهد حسبة في ثمانية عشر مسألة، وأنَّه متى أخر شاهد الحسبة شهادته بلا عذر، فسق فترد شهادته كما ترد لو أخرها، بعد طلبها منه بلا عذر ظاهر للتهمة، أو لفسقه (**ويقول**) الشاهد (**في السرقة أخذ لا سرق**) رعاية للستر وإحياء للحق (**وشرط للزناء أربعة رجال**) للمبالغة

---

(١) أخرجه أبو داود (حدود، ٧)، وأحمد بن حنبل (٥، ٢١٧)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ٣٠٩.

الحدود رجلان وللولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال امرأة وكذا

وحكى أنَّ هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء، وفيهم أبو يوسف فادعى رجل على آخر أخذ ماله من بيته، فأقرَّ بالأخذ فسأل الفقهاء فافتوا بقطع يده، فقال أبو يوسف: لا لأنه لم يقرّ بالسرقة، وإنما أقرَّ بالأخذ فادعى المدعي أنَّه سرق فأقرّ بها فافتوا بالقطع، وخالفهم أبو يوسف، فقالوا له: لمَ قال: لأنَّه لما أقرَّ أولاً بالأخذ ثبت الضمان عليه، وسقط القطع فلا يقبل إقراره بعده بما يسقط الضمان عنه، فتعجبوا منه **(وشرط للزناء أربعة رجال)** من الشهود لقوله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥]، ولقوله تعالى: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ ولفظ أربعة نص في العدد، والذكورة كما في البحر، وأورد أنكم لا تقولون بالمفهوم فمن أين لكم عدم جواز الأقل فأجاب الزيلعي أنَّه بالإجماع وأورد المعارضة بين هذه وبين قوله: فاستشهدوا شهيدين، الآية. وأجاب في الفتح بأنَّها مبيحة، وتلك مانعة، والتقديم للمانع، وجه هذا الإشتراط أنَّه تعالى يحب الستر على عباده، وأوعد بالعذاب لمن أحبَّ إشاعة الفاحشة على المؤمنين، وفي اشتراط الأربع، ووصف الذكورة تحقيق معنى الستر (و) شرط **(للقصاص وبقية الحدود)** وكذا لإسلام كافر، ذكر وردة مسلم كما في التنوير **(رجلان)** لقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فلا تقبل شهادة النساء، لقول الزهري: مضت السنة من لدن رسول الله عليه الصلاة والسلام والخليفتين من بعده، أنْ لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص، ولشبهة البدلية لأنها قائمة مقام شهادتهم، والحال أنَّ الحدود والقصاص تندرىء بالشبهات (و) شرطت **(للولاة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال امرأة)** حرة مسلمة لقوله عليه الصلاة والسلام: «شهادة النساء فيما لا يستطع الرجال النظر إليه، والجمع المحلي باللام» يراد به الجنس فيتناول الأقل، وهو الواحد وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع وهو قول عطاء بناء على أن كل امرأتين مقام رجل واحد، وعلى مالك في اشتراط امرأتين، وهو قول الثوري: لأنَّه لما سقط اعتبار الذكورة بقي العدد معتبراً، وفيه إشارة إلى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته، وهو محمول على ما إذا قال تعمدت النظر.

أما إذا شهد بالولادة، وقال فاجأتها فاتفق نظري عليها تقبل شهادته إذا كان عدلاً كما في المبسوط هذا إذا تأيد الشهادة بالأصل، لأنَّها لو قالت: هي بكر يؤجل القاضي في العينين سنة لا من شهادتها تأيدت بالأصل، هو البكارة ولو قالت: هي ثيب لا تقبل لأنَّها تجردت عن المؤيد.

. . . .

للستر، **(وللقصاص وبقية الحدود رجلان)** لا رجل وامرأتان، لكن مر في القضاء نفذه بتلك الشهادة لاشتباه الدليل، **(وللولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال امرأة)** واحدة، والأحوط

لاستهلال المولود في حق الصلاة لا الإرث وعندهما في حق الإرث أيضاً ولغير ذلك رجلان أو رجل ومرأتان ما لا كان أو غير مال كالنكاح، والرضاع، والطلاق والوكالة، والوصية. وشرط للكل الحرية والإسلام والعدالة ولفظ الشهادة فلا تصح لو قال أعلم أو

وكذا في رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة، فإنْ قلن أنَّها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن، والعيب يثبت بقولهن، فيحلف البائع كما في الهداية فإنْ قلت: لو ثبت العيب بقولهن لا يحلف البائع بل ترد عليه الجارية فكيف يكون تحليف البائع نتيجة لثبوت العيب، وثبوت العيب، إنما هو مثبت للرد لا للتحليف، قلت: معناه العيب يثبت بقولهن في حق سماع الدعوى، وحق التحليف حتى أنهم لو لم يقلن: أنَّها ثيب ليس للمشتري ولاية التحليف **(وكذا)** شرط شهادة امرأة واحدة **(لاستهلال المولود في حق الصلاة)** عليه بالإجماع لأنَّها من أمور الدين **(لا)** في حق **(الإرث)** عند الإمام لأنَّه مما يطلع عليه الرجال **(وعندهما في حق الإرث أيضاً)** أي كما تقبل شهادتها له في حق الصلاة، لأنَّه صوت عند الولادة، ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن في نفس الولادة، وبقولهما قال الشافعي، ومالك، وأحمد: وهو أرجح كما في الفتح **(و)** شرط **(لغير ذلك)** المذكور من الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال **(رجلان أو رجل وامرأتان مالاً كان)** الحق **(أو غير مال كالنكاح، والرضاع والطلاق، والوكالة، والوصية)** والرجعة واستهلاك صبي للإرث، والعتاق والنسب، وقال

. . . .

امرأتان، والأحب ثلاث، والمخرج عن الخلاف أربع كما في الاختيار، ثم ظاهره رد الرجال، لكن الأصح قبوله ويحمل على أنَّ بصره وقع بلا قصد الشهادة، ولو قال: تعمدت النظر فقولان **(وكذا لاستهلال المولود في حق الصلاة لا الإرث)** عنده **(وعندهما في حق الإرث أيضاً)** وبه قال الشافعي وأحمد: وهو الأرجح كما في الفتح **(ولغير ذلك رجلان، أو رجل وامرأتان)** ولو خنثى وظاهره أنَّه لا ترجيح بالزائد، ولو أعدل كما في دعوى الاختيار. **(قلت)**: واستثنى منه حوادث الصبيان في المكتب فإنَّه تقبل فيها شهادة المعلم منفرداً كما في البرجندي عن الملتقط، والقهستاني عن التجنيس بخلاف جراحات النساء في الحمام حيث لا تكفي شهادتهن وحدهن، لأنَّه مما يطلع عليه الرجال كما في القهستاني وغيره. **(قلت)**: لكن رأيت معزياً لفتاوى الحاوي وجامع الفتاوى أنَّه يجوز شهادتهن، وحدهن في القتل في الحمام في موجب الدية لا في القصاص لئلا يهدر الدم، انتهى. فليحفظ **(مالاً كان أو غير مال، كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية)** أي الوصاية.

كذا عبر القهستاني أي لتكون من غير المال وإلاَّ لكان مالاً كما في الجوهرة. **(قلت)**: والحكم متحد فيهما فتصلح تمثيلاً لهما فتنبه، **(وشرط للكل)** من المراتب الأربع **(الحرية والإسلام)** أي لو المدعي عليه مسلماً **(والعدالة)** وهي شرط لوجوبه لا لصحته حتى لو قضى بشهادة فاسق نفذ وإثم إلاَّ أنْ يمنع منه الإمام فلا ينفذ كمنعه من القضاء بأقوال ضعيفة. **(قلت)**: وما نقل من قول ذي المروءة الصادق فضعفه الكمال وإنْ أقرَّه القهستاني، وفي الينابيع العدل من لم يطعن عليه في بطن، ولا فرج، ومنه الكذب لخروجه من البطن **(و)** شرط لنفس القبول لا لوجوبه **(لفظ الشهادة)** بلفظ المضارع

. . . .

الشافعي: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلاً في الأموال وتوابعها، كالأجل وشرط الخيار لأنَّ الأصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل، وقصور الولاية واختلال الضبط، ولكن قبلت في الأموال ضرورة باعتبار كثرة وجودها، وقلة خطرها فيقتصر عليها وبه قال مالك وأحمد: في رواية ولنا ما رويَّ أنَّ عمر وعلياً رضي الله تعالى عنهما أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة، والأصل قبول شهادتهنَّ لوجود ما تبتني أهلية الشهادة، وهي المشاهدة والضبط، والأداء وما يتعرض لهنَّ من قلة الضبط بزيادة النسيان، انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلاَّ الشبهة، ولهذا تقبل فيما يندرىء بالشبهات، وهذه الحقوق تثبت بالشبهات وإنما لا تقبل شهادة الأربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن كما في الهداية وغيرها. وقال صاحب العناية: ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل، وقصور الولاية والجواب عن الأول أنَّه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف، وبيان ذلك أنَّ للنفس الإنسانية أربع مراتب، الأولى: استعداد العقل، ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرتهم، والثانية: أن تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات، فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالمفكرة ويسمى العقل بالملكة، وهو مناط التكليف، والثالثة: أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب، ويسمى العقل بالفعل، والرابعة: هو أن يستحضرها، ويلتفت إليها مشاهدة، ويسمى العقل بالمستفاد، وليس هو مناط التكليف وإنما هو العقل بالملكة، وهو فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه، إنْ شئت قلت فإنَّه لو كن في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان، وليس كذلك وقوله عليه السلام: «هنَّ ناقصات العقل»[1]، المراد به العقل بالفعل، ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة، وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضاً به فتأمل انتهى. **(وشرط للكل الحرية)** فلا تقبل شهادة العبد **(والإسلام)** فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم، وما في الفتح من أنَّ الذمي أهل للشهادة في الجملة محمول فيما إذا شهد الكافر على مثله **(والعدالة)** وهي كون حسنات الرجل أكثر من سيآته وهي الإنزجار عما يعتقده حراماً في دينه، وهذا يتناول الإجتناب من الكبائر، وترك الإصرار على الصغائر، وعن أبي يوسف أن الفاسق إنْ كان وجيهاً ذا مروءة تقبل شهادته والأول أصح إلاً أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا خلافاً للشافعي ولنا أنَّ العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لا شرط

. . . .

بالإجماع وكلام الكمال والشمني يفيد أنَّه ركن لا شرط كما يفيده كلام المصنف، ثم فرع عليه بقوله: **(فلا تصح)** الشهادة **(لو قال: اعلم أو اتيقن)** لثبوته بالنص على خلاف القياس فيقتصر على مورده،

---

(١) أخرجه البخاري (حيض، ١٦)، (زكاة، ٤٤)، ومسلم (إيمان، ١٣٢)، وأبو داود (سنّة، ١٥)، والترمذي (إيمان، ٦)، وابن ماجه (فتن، ١٩)، وأحمد بن حنبل (٢، ٦٧، ٣٧٣، ٣٧٤)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٦/٥٣٩.

أتيقن ولا يسأل قاضٍ عن شاهد بلا طعن الخصم إلاّ في حد وقود وعندهما يسأل في سائر الحقوق سراً وعلناً وبه يفتي في زماننا ويجزىء الإكتفاء بالسر ويكفي للتزكية هو عدل في الأصح وقيل لا بد من قوله عدل جائز الشهادة ولا يصح تعديل الخصم بقوله

أهلية الشهادة لأنَّ الفاسق أهل للقضاء والشهادة إلاّ أنَّه يمنع الخليفة من القضاء الفاسق فحينئذ لا ينفذ القضاء بشهادة الفاسق (و) شرط (**لفظ الشهادة**) أي لفظ اشهد في جميع ما تقدم لورود عبارة النص.

كذلك ولكونه من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد (**فلا تصح**) الشهادة (**لو قال أعلم أو أتيقن**) مكان أشهد مخالفاً لما نطق به الكتاب، واعلم أنَّ كل موضع لا يشترط فيه لفظ الشهادة، كطهارة الماء والموت وهلال رمضان لا يكون الواقع فيه من قبيل الشهادة الشرعية بل من قبيل الإخبار (**ولا يسأل قاضٍ عن شاهد**) كيف هو (**بلا طعن الخصم**) عند الإمام عملاً بظاهر عدالة المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض» إلاّ محدوداً في قذف فإنْ طعن الخصم يسأل القاضي في السر ويزكي في العلانية (**إلاّ في حد وقود**) فإنَّه يسأل القاضي في السر ويزكي في ا لعلانية فيهما طعن الخصم أولاً بالإجماع لأنَّه يحتال لإسقاطهما فيشترط الاستقصاء فيهما (**وعندهما يسأل في سائر الحقوق سراً وعلناً**) وإنْ لم يطعن الخصم لأنَّ بناء القضاء على الحجة وهي شهادة العدم، قيل هذا اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان، لأنَّ عصره مشهور بالخير لكونه قرناً ثالثاً وعصرهما مسكوت عنه، لكونه قرناً رابعاً إذ فشا فيه الكذب لتغير أحوال الناس (**وبه**) أي بقول الإمامين (**يفتي في زماننا**) لأنَّ الفساد في هذا العصر أكثر كما في أكثر المعتبرات، ويحل السؤال على قولهما: عند جهل القاضي بحالهم، ولذا قال في البحر نقلاً عن الملتقط القاضي إذا عرف الشهود بجرح أو عدالة لا يسأل عنهم (**ويجزىء الإكتفاء بالسر**) في زماننا تحرزاً عن الفتنة والتزكية في السر أنْ يبعث القاضي أميناً إلى المعدل العدل ويكتب إليه كتاباً فيه اسم الشاهد ونسبه ومحلته ومسجده، فيسأل عن جيرانه وأصدقائه، فإذا عرفهم بالعدالة يكتب، هو عدل فإذا عرفهم بالفسق يكتب الله أعلم بحاله أو لا يكتب شيئاً احترازاً عن كشف السر، وإذا لم يعرفهم بالعدالة أو بالفسق يكتب هو مستور، ويرده إلى القاضي سراً كيلا يظهر، فيخدع والتزكية في العلانية أنْ يجمع القاضي بين المعدل والشاهد في مجلسه لتنتفي شبهة تعديل غيره (**ويكفي للتزكية**) أنْ يقال (**هو عدل في الأصح**) لأنَّ من نشأ في دار الإسلام في زماننا كان

. . . .

وكل ما لايشترط فيه هذا اللفظ كطهارة ماء ورؤية هلال فهو إخبار لا شهادة. (**ولا يسأل قاضٍ عن**) حال (**شاهد بلا طعن الخصم إلاّ في حد أو قود**) وهذا عنده (**وعندهما يسأل**) عن حاله (**في سائر الحقوق سراً وعلناً**) طعن الخصم أو لا (**وبه يفتي في زماننا**) لفساده فهو اختلاف زمان، (**ويجزىء الإكفاء**) في السؤال (**بالسر**) وبه يفتي كما في المضمرات وغيرها، لكن اقتصر في التنوير على الأول فتأمل،

هو عدل لكن أخطأ أو نسيَ. فإن قال هو عدل صدق ثبت الحق ويكفي الواحد لتزكيته السر والترجمة والرسالة إلى المزكي والاثنان أحوط وعند محمد لا بد من الاثنين وتشترط الحرية في تزكية العلانية دون السر.

الظاهر من حاله الحرية، والإسلام، ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية الشاهد وإسلامه ما لم ينازعه الخصم **(وقيل لا بد من قوله عدل جائز الشهادة)** لأنَّ العبد أو المحدود في قذف إذا تاب قد يكون عدلاً مع أنَّه لا تجوز شهادة كل واحد منهما **(ولا يصح تعديل الخصم بقوله هو عدل لكن أخطأ)** في شهادته **(أو نسي)** كيفية الوقعة هكذا قال الإمام: يعني تعديل المدعي عليه الشهود لا يصح، ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود.

وأما على قوله فلا يتأتى ذلك لأنَّه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فإنَّه لا يراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى، وعنهما أنَّه تجوز تزكيته، وهو قول الأئمة الثلاثة لكن عند محمد لا بد من ضم آخر إليه لأنَّه لا يجوز تعديل الواحد عنده، ووجه الظاهر أنَّ في زعم المدعي وشهوده أنَّ المدعي عليه ظالم كاذب في الجحود، وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح، وأطلق الخصم ولم يقيده لكن قيده صاحب المنح بما إذا كان لم يرجع إليه في التعديل لأنَّه إذا كان ممن يرجع إليه في التعديل صح قوله كما صرح به في البزازية فعلى هذا لو قيده كما قيد صاحب المنح لكان أولى **(فإن قال)** الخصم **(هو عدل صدق)** أي عادل صادق **(ثبت الحق)** أي حق المدعي لأنَّه إقرار منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد عليه حيث لا يلزمه شيء، لأنَّهم مع كونهم عدولاً يجوز منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلاً أنْ يكون كلامه صواباً كما في الدرر، لكن في البحر نقلاً عن الصدر الشهيد أنَّه يكون مقراً بقوله صدقوا فيما شهدوا به علي بقوله هم عدول فيما شهدوا به علي **(ويكفي الواحد لتزكيته السر والترجمة والرسالة إلى المزكي)** يعني يصلح الواحد أنْ يكون مزكياً للشاهد ومترجماً عن الشاهد ورسولاً من القاضي إلى المزكي عند الشيخين لأنَّ التزكية من أمور الدين، فلا يشترط

. . . .

(ويكفي للتزكية(قول المزكي: **(هو عدل في الأصح)** لثبوت الحرية بالدار. **(قلت)**: فهو بعبارته جواب عن النقض بالعبد وبدلالته عن النقض بالمحدود، ذكره ابن الكمال، **(وقيل لا بد من قوله)** هو **(عدل جائز الشهادة)** وأبلغ الألفاظ هو عدل ثقة جائز الشهادة ويصلح لتزكية السر عبد واحد، وامرأة واحدة بخلاف العلانية كما يأتي، **(ولا يصح تعديل الخصم)** أي تزكيته **(بقوله هو عدل)** سواء زاد عليه قوله: **(لكنه أخطأ أو نسي)** أو لم يزد حتى لو صدقهم صار مقراً كما أفاده بقوله **(من قال)** أي في تعديله **(هو عدل صدق)** بصيغة الماضي **(ثبت الحق)** باعترافه فيقضي بإقراره، لا بالبينة عند الجحود كما في الاختيار، وقيد في التنوير الخصم بالذي لم يرجع إليه في التعديل فلو رجع إليه فيه صح قوله كما في البزازية. **(و)** اعلم أنَّه **(يكفي الواحد لتزكية السر)** ولو عبداً أو امرأة كما مر. **(قلت)**: وأما تزكية العلانية فشهادة إلاَّ في لفظ الشهادة بالإجماع كما يأتي **(والترجمة)** ولو أعمى بلا خلاف، **(والرسالة)** من القاضي **(إلى المزكي)** وقد نظم ابن وهبان أنَّه يكفي الواحد في أحد عشر موضعاً، فقال: ويقبل

فصل

يشهد بكل ما سمعه أو رآه كالبيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإنْ لم يشهد عليه ويقول أشهد لا أشهدني ولا يشهد على شهادة غيره إذا سمع أداءها أو إشهاد

فيها إلاَّ العدالة حتى تجوز تزكية العبد، والمرأة والأعمى، والمحدود في القذف التائب لأنَّ خبرهم مقبول في الأمور الدينية **(والاثنان أحوط)** لأنَّ فيه زيادة طمأنينة **(وعند محمد لا بد من الاثنين)** وهو قول الأئمة الثلاثة، لأنَّ التزكية في معنى الشهادة لأنَّ ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة ومحل الاختلاف ما إذا لم يرض الخصم بتزكية الواحد، فإنْ رضي فجائز اجماعاً هذا في تزكية السر، أما في تزكية العلانية يشترط جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما، سوى لفظ الشهادة بالإجماع لأنَّ معنى لشهادة فيها أظهر، ولذا يختص بمجلس القاضي، وعن هذا قال: **(وتشترط الحرية في تزكية العلانية دون السر)** وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف، ويشترط في تزكية شهود الزناء أربعة ذكور عند محمد كما في الهداية.

فصـــل

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد وهو نوعان: الأول ما ثبت بنفسه بلا إشهاد، والثاني: ما لا يثبت بنفسه بل يحتاج إلى الإشهاد فشرع في الأول وقال: **(يشهد بكل ما سمعه)** من المسموعات **(أو رآه)** من المبصرات **(كالبيع والإقرار وحكم**

. . . .

عدل واحد في تقوم، وجرح وتعديل وإرش يقدر، وترجمة والسلم هل هو جيد، وإفلاسه الإرسال والعيب يظهر، وصوم على ما مر أو عند علة، وموت إذاً للشاهدين يخبر، وزاد في الأشباه أنَّه يقبل قول أمين القاضي إذا أخبره بشهادة شهود على عين تعذر حضورها، بخلاف ما لو بحثه لتحليف المخدرة فقال: حلفتها لم يقبل إلاَّ بشهادة آخر معه انتهى. **(قلت)**: فهي ثمانية عشر فليحفظ **(والاثنان أحوط وعند محمد لا بد من الاثنين)** في الثلاثة المذكورة كما في القهستاني، **(وتشترط الحرية)**، وكذا العدد والبصر وسائر ما يشترط في الشهادة سوى لفظ الشهادة **(في تزكية العلانية)** حتى لا يجوز فيها تزكية الوالد لولده، ولا عكسه، ذكره الشمني وغيره **(دون السر)** في جميع ذلك لأنَّها إخبار وتلك شهادة. **(قلت)**: وفي العمادية ويجوز تعريف الأب والابن والزوج بخلاف التعديل لأنَّه شهادة والتعريف لا فليحفظ.

فروع

والتزكية للذمي تكون بالأمانة في دينه ولسانه ويده، وأنَّه صاحب يقظة فإنْ لم يعرفه المسلمون سألوا عنه عدول المشركين كما في الاختيار.

فصـــل

(يشهد بكل ما يسمعه أو رآه كالبيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإنْ) وصلية أي

الغير عليها ما لم يشهد هو عليها ولا يعمل شاهد ولا قاض، ولا راوٍ بخطه ما لم يتذكر

الحاكم) مثال ما كان من المسموعات كما في الفرائد لكن يمكن أن يكون مثالاً لهما كما في البحر **(والغصب والقتل)** مثال ما كان من المبصرات **(وإنْ)** وصلية **(لم يشهد)** من الأفعال مبني للمفعول **(عليه)** أي على ما ذكر من جانب المدعي لأنَّ كل واحد منها ثابت الحكم بنفسه **(ويقول أشهد)** أنَّه باع أو أقرَّ لأنَّه عاين السبب فوجبت عليه الشهادة به كما عاين، وهذا إذا كان البيع بالعقد فظاهر وإنْ كان بالتعاطي.

فكذا لأنَّ حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع، بل على الأخذ والإعطاء لأنَّه بيع حكمي وليس ببيع حقيقي كما في التبيين، لكن في البزازية، ولو شهدوا بالبيع جاز، ولا بد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء لأنَّ الشراء بثمن مجهول لا يصح **(لا)** يقول **(أشهدني)** فيما لا إشهاد فيه لأنَّه غير واقع، فيكون كذباً وفي التبيين ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه أنْ يشهد لاحتمال أن يكون غيره إذا النغمة تشبه النغمة إلاّ إذا كان في الداخل وحده، وعلم الشاهد أنَّه ليس فيها غيره، ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه لأنَّه يحصل به العلم وينبغي للقاضي إذا فسر له أن لا يقبله لأنَّ النغمة تشبه النغمة، وقالوا: إذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز أنْ يشهد عليها إلاّ إذا كان يرى شخصها وقت الإقرار قال الفقيه أبو الليث إذا أقرت امرأة من وراء حجاب، وشهد عنده اثنان أنَّها فلانة بنت فلان بن فلان، لا يجوز لمن سمع إقرارها أن يشهد عليها، إلاّ إذا رأى شخصها حال ما أقرت فحينئذ يجوز أنْ يشهد على إقرارها برؤية شخصها، لا رؤية وجهها. قال أبو بكر الإسكاف: المرأة إذا حسرت عن وجهها فقالت: أنا فلانة بنت فلان بن فلان، وقد وهبت لزوجي مهري فإنَّ الشهود لا يحتاجون إلى شهادة عدلين أنَّها فلانة بنت فلان بن فلان ما دامت حية إذْ يمكن للشاهد أنْ يشير إليها فإنْ ماتت فحينئذ يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان ابن فلان كما في الدرر، ثم شرع في النوع الثاني فقال: **(ولا يشهد على شهادة غيره إذا سمع أداءها)** أي لا يشهد على شهادة شاهد من سمع الشهادة سواء سمع في مجلس القاضي أو غيره لأنَّ هذه الشهادة غير ثابت الحكم بنفسه بل بالقاضي فيستلزم التحميل مع أنَّه لم يتحمله حيث لم يشهد عليه **(أو إشهاد الغير عليها)** أي لا يشهد على شهادة شاهد من

. . . .

يجوز أنْ يشهد ولو **(لم يشهد عليه)** نعم لو دعى إليه وجب عليه ذكره الزيلعي وغيره، وكذا لو قال له: لا تشهد علينا حل له أنْ يشهد به كما في الصغرى وغيرها، ومفاده أنَّ الأشهاد ليس بلازم في حق لكن في القهستاني عن الكرماني أنَّه في المدينة والبيوع فرض إلاَّ إذا كان المال قليلاً كدرهم لأنَّ في الترك خوف تلف المال الذي فيه تلف البدن الذي هو حرام. وقال أستاذنا: أنَّه ندب **(و)** حينئذ **(يقول أشهد)** أنَّه باع مثلاً **(أشهدني)** كيلا يكذب **(ولا يشهد على شهادة غيره إذا سمع أداءها أو إشهاد الغير عليها ما لم يشهد هو عليها)**، هذا إذا سمعه في غير مجلس القاضي، فلو فيه جاز وإنْ لم يشهده كما في الشرنبلالية عن الجوهرة عن النهاية، لكن يخالفه تصدير صدر الشريعة، وغيره فتنبه.

وعندهما يجوز إن كان محفوظاً في يده ولا يشهد بما لم يعاينه إلاّ النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف إذا أخبره بها من يثق به من عدلين أو

سمع إشهادة على الشهادة (**ما لم يشهد هو**) أي شاهد الأصل (**عليها**) أي على لشهادة توضيحه، قال شاهد لشخص: أشهد مني أنَّ فلاناً أقرَّ عندي بكذا فسمع آخر هذا القول لا يجوز للسامع أن يشهد لأنَّ كلاً من الشهادة والإشهاد غير ثابت الحكم بنفسه، بل بالنقل إلى مجلس القضاء، وذا يستلزم التحميل والإنابة، وهو لم يوجد لأنَّه ما حمله بالإشهاد، وإنما حمل غيره قبل أنْ سمع عند القاضي أنَّ الشاهد يشهد بشهادة حل للسامع أن يشهد (**ولا يعمل شاهد ولا قاضٍ، ولا راوٍ بخطه ما لم يتذكر**) أي لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلاّ أنْ يتذكر ولا للقاضي إذا وجد ديوانه مكتوباً بشهادة شهود، ولا يحفظ أنَّهم شهدوا بذلك أو قضية قضاها أنْ يحكم بتلك الشهادة، ولا أنْ يمضي تلك القضية، ولا للراوي إذا وجد مكتوباً بخطه أو بخط غيره، وهو معروف أنَّه قرأ على فلان ونحوه أن يروي حتى يتذكر الشهادة أو القضية أو الرواية، قيل هذا عند الإمام لأنَّ الشهادة والقضاء والرواية لا يحل إلاّ عن علم ولا علم هنا لأنَّ الخط يشبه الخط (**وعندهما يجوز**) كل من الشهادة والقضاء والرواية (**إنْ كان**) الخط (**محفوظاً في يده**) وإنْ لم يتذكر الحادثة لوقوع الأمن حينئذ من الزيادة والنقصان فيكون الخلاف حينئذ، فيما إذا كان محفوظاً في يده فعنده لا يجوز سواء كان الخط محفوظاً في يده أو لا وعندهما يجوز إنْ كان محفوظاً في يده وإلاّ فلا، وقال بعضهم: الخلاف مطلق فعند الإمام لا يجوز مطلقاً، وعندهما يجوز مطلقاً لأنَّ الظاهر أنّه خطه، والعمل بالظاهر واجب لكن في البحر وغيره، وجوز محمد في الكل وجوزه أبو يوسف للراوي والقاضي دون الشاهد، قال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي أن يفتي بقول محمد، وجزم في البزازية بأنه يفتي بقولّ محمد، وفي

. . . .

فروع

لا يشهد على محتجب بسماعه منه إلاّ إذا تبين القائل أو برىء شخصها حال إقرارها مع شهادة اثنين بأنَّها فلانة بنت فلان بن فلان، ولا يفتي بجواز الشهادة على المرأة المنتقبة، ويكفي تعريف الأب لا تعديله كما مر آنفاً، (**ولا يعمل شاهد ولا قاضٍ ولا راوٍ بخطه**) ولا بختمه (**ما لم يتذكر**) لمشابهة الخط بالخط (**وعندهما يجوز أن كان محفوظاً في يده**) وعليه الفتوى كما في الحقائق وغيرها. (**قلت**): وعليه فلا اعتبار بكتابة وقف على كتاب أو مصحف أو باب حانوت أو دار لأنَّها علامة لا تبتني عليها الأحكام، ولا بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضيين، ولا يحكم عليه بالمال بخطه ولو بين الخطين مشابهة ظاهرة هو الصحيح، وإنْ أفتى قارىء الهداية بخلافه كما حررته في شرح التنوير، قالوا: إلاّ في مسألتين، الأولى: يعمل بكتاب أهل الحرب بطلب الأمان كما في سير الخانية ويلحق به البراآت السلطانية بالوظائف في زماننا، والثانية يعمل بدفتر السمسار والصراف البائع والبياع كما في قضاء الخانية، وتعقبه الطرسوسي بأن مشائخنا ردوا على مالك في عمله بالخط للمشابهة فكيف عملوا به هنا، ورده ابن وهبان عليه بأنّه لا يكتب في دفتره إلاّ ماله، وعليه كما في قضاء الأشباه وذكر في

عدل وعدلتين. وفي الموت يكفي العدل ولو اثني هو المختار ويشهد من رأى جالساً مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم أنَّه قاضٍ ومن رأى رجلاً وامرأة يسكنان معاً وبينهما انبساط الازواج إنَّها زوجته ومن رأى شيئاً سوى الآدمي في يد متصرف فيه تصرف

السراج وما قاله أبو يوسف هو المعول عليه، وفي المنح وقولهما هو الصحيح فعلى هذا ينبغي للمصنف التفصيل **(ولا يشهد)** أحد **(بما لم يعانيه)** بالإجماع لما تلوناه آنفاً **(إلاَّ النسب)** بأنَّ فلاناً بن فلان أو أخوه **(والموت)** بأنَّ فلاناً قد مات **(والنكاح)** بأنَّ فلاناً تزوج فلانة **(والدخول)** بأنَّ فلاناً تزوج فلانة دخل بها **(وولاية القاضي)** بأنَّ فلاناً قد تولى القضاء من جهة فلان الإمام **(وأصل الوقف)** بأنَّ فلاناً وقف هذه الضيعة مثلاً، هذا إذا لم يستند إلى الملك كما قررناه في آخر الوقف والقياس، إنْ لا تجوز الشهادة بالتسامع في المسائل المذكورة أيضاً. ووجه الاستحسان أن هذه الأمور تختص لمعاينة أصحابها وهم خواص الناس وتتعلق بها الأحكام، فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامح لتعطلت أحكامها بخلاف البيع، ونحوه قوله أصل الوقف احتراز عن شرائطه لما في البزازية، وفي الوقف أنَّها تقبل بالتسامع على أصله لا على شرائطه، وهو الصحيح، وكل ما يتعلق بصحة الوقف، وتتوقف عليه فهو من أصله، وما لا تتوقف عليه الصحة فهو من الشرائط، وفي الفصول العمادية المختار أنْ لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف، وفي المجتبى المختار أنْ تقبل كما بيناه في آخر الوقف، وظاهر التقييد بما ذكر من الأشياء الستة يدل على عدم قبولها به في غيرها من الولاء، والعتق، واختلف الفحلان في نقل الاختلاف في العتق فنقل السرخسي عدم قبولها فيه إجماعاً، ونقل إسناده الحلواني أنَّه على الاختلاف المنقول في الولاء فعن أبي يوسف الجواز فيهما، ومن ذلك المهر فظاهر التقييد أنَّه لا تقبل فيه به، ولكنْ في البزازية والظهيرية والخزانة أنَّ فيه روايتين والأصح الجواز، وتمامه في البحر فليطالع **(إذا أخبره بها)** أي فله أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره **(من يثق به من عدلين أو عدل وعدلتين)** لأنَّه أقل نصاب يفيد نوع العلم الذي يبتني عليه الحكم في المعاملات، قوله: إذا أخبره يدل على أنَّ لفظة الشهادة ليست بشرط في الكل، وأما الذي يشهد عند القاضي فلا بد

. . . .

أحكام الكفاية ما ينبغي مراجعته أيضاً فتنبه. **(قلت)** وبه اندفع ما استشكله الباقاني فتدبر **(ولا يشهد)** أحد **(بما لم يعاينه)** بالإجماع **(إلاَّ في)** عشرة على ما في شرح الوهبانية منها العتق والمهر، والولاء و **(النسب والموت والنكاح والدخول)** بزوجته **(وولاية القاضي واصل الوقف)** ومنه بيان المصرف كما في الدرر والغرر وغيرها وكذا شرائطه على المختار كما في الفتح عن المجتبى، كان يصرف إلى المدرس أو إلى العمارة كذا مثلاً، وعلى الأول لو شهدا على أصل الوقف، وشرطه لم يقبل لأنَّ الشهادة إذا بطل بعضها بطل كلها كما في القهستاني عن الجواهر. **(قلت)**: وأصله كل ما تعلق به صحته، وتوقف عليه، وإلاَّ فمن شرائطه، ثم إنما يشهد بذلك **(إذا أخبره بها)** أي بهذه الأشياء **(من يثق)** الشاهد **(به)** بطريق الشهرة الحقيقية أو الحكمية من خبر متواتر بلا شرط عدالة، ولا لفظ شهادة أو **(من)** شهادة **(عدلين أو عدل وعدلتين)** كما في الصغرى وغيرها. **(قلت)**: فإطلاق القهستاني فيه ما فيه **(و)**

الملاك أنه له إن وقع في قلبه ذلك والآدمي إنْ علم رقه أو كان صغيراً لا يعبر عن نفسه، فكذلك ولو فسر للقاضي أنَّه شهد بالتسامع أو بمعاينة اليد لا يقبلها ومن شهد أنه حضر دفن زيد أو صلى عليه قبلت وهو عيان.

له من لفظها، وشرطت في العناية لفظة الشهادة على ما قالوا، والاكتفاء بأخبار رجلين أو رجل وامرأتين قولهما.

أما على قول الإمام فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر **(وفي الموت يكفي العدل ولو)** كانت **(اثنى هو المختار)** كما في الفتح وغيره، لأنَّ الناس يكرهون تلك الحالة فلا يحضره غالباً إلاّ واحد عدل أو واحدة عدلة وفي التبيين أنَّه لا بد من خبر عدلين في الكل إلاّ في الموت، وصحح في الظهيرية أنَّ الموت كغيره، وإنما تشترط العدالة في المخبر في غير المتواتر، وأما في المتواتر فلا يشترط العدالة ولا لفظ الشهادة كما في الخلاصة، وفي البحر وغيره، وفي الموت مسألة عجيبة هي إذا لم يعاين الموت إلاّ واحد ولو شهد عند القاضي لا يقضي بشهادته وحده ماذا يصنع؟ قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله وإذا سمع منه حل له أنْ يشهد على موته، فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضي بشهادتهما **(ويشهد من رأى جالساً مجلس القضاء)** حال كون الجالس **(يدخل عليه الخصوم أنَّه قاضٍ)** أي يحل أنْ يشهد الراعي على أنَّ الجالس قاضٍ وإنْ لم يعاين تقليد الإمام إياه لأنَّ ذلك علامة ظاهرة له **(و)** يشهد **(من رأى رجلاً وامرأة يسكنان معاً)** في بيت **(وبينهما انبساط الأزواج أنَّها زوجته)** أي حل له أنْ يشهد بذلك وإن لم يعاين عقد النكاح، وظاهره الاكتفاء بالرؤية، لكن ذكره أنَّه لا بد من الإخبار بأنَّها زوجته كما في التبيين **(و)** يشهد **(من رأى شيئاً سوى الآدمي في يد متصرف)** عرف بوجهه واسمه ونسبه **(فيه تصرف الملاك أنه)** أي ذلك الشيء **(له)** أي للمتصرف **(إن وقع في قلبه)** أي قلب الرائي **(ذلك)** أي كونه له، وإنْ لم يعاين أسباب الملك لأنَّ اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها، فيكتفي بها، وفي البحر قوله إنْ وقع في قلبه ذلك رواية عن أبي يوسف قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد في الرواية، وفي الفتح قال الصدر الشهيد: يحتمل أنْ يكون قوله قول الكل، وبه نأخذ، وقال أبو بكر الرازي: هذا قولهم جميعاً انتهى، ومن ثمة قيده بوقوعه في القلب، فلو رأى درة في يد كناس

. . . .

أما **(في الموت)** فإنَّه **(يكفي)** فيه **(العدل ولو اثني هو المختار)** إلاّ أنْ يكون المخبر منهما كوارث وموصي له كما في شرح الوهبانية، **(ويشهد من رأى جالساً مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم أنَّه قاضٍ)** بفتح الهمزة مفعول يشهد **(ومن رأى رجلاً وامرأة يسكنان معاً وبينهما انبساط الأزواج أنها زوجته)** عملاً بظاهر الحال **(ومن رأى شيئاً سوى الآدمي)** يعني الرقيق الكبير كما يأتي **(في يد متصرف فيه تصرف الملاك أنَّه له إنْ وقع في قلبه ذلك)** أي أنَّه ملكه وإلاّ لا وبه نأخذ، ذكره القهستاني، ولو عاين القاضي ذلك جاز له القضاء به كما في البزازية، أي إذا ادعاه المالك وإلاّ لا، **(والآدمي)** المذكور (إن

أو كتاباً في يد جاهل لا يشهد بالملك له بمجرد يده كما في البزازية **(والآدمي)** أي لو رأى شيئاً وهو آدمي **(إنْ علم رقه أو كان صغيراً لا يعبر عنه نفسه)** أي لا يكون مميزاً **(فكذلك)** يعني يحل للرائي في يد متصرف فيه تصرف الملاك أنْ يشهد بالملك لذي اليد، لأنَّ الرقيق لا يكون في يد نفسه.

وكذلك الصغير الذي لا يعبر عن نفسه لا يد له فثبت يد المولي عليه حقيقة، فصار كالمتاع، وإنْ كان كبيراً أو صغيراً يعبر عن نفسه، ولم يعلم رقه لا يحل للرائي أنْ يشهد بالملك لذي اليد لأنَّ لهما يداً على نفسهما تدفع يد الغير عنهما، فانعدم دليل الملك، وعن الإمام أنَّه يحل له أنْ يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثبات، وإنما يشهد بالملك لذي اليد بشرط أنْ لا يخبره عدلان بأنَّه لغيره فلو أخبراه لم تجز له الشهادة بالملك له كما في الخلاصة، وفي البحر أنَّ القاضي إذا رأى عيناً في يد رجل فإنَّه يجوز له القضاء بالملك له كما في البزازية وغيرها، وبه ظهر أنَّ قول الزيلعي في تقرير أنَّ الشاهد إذا فسر للقاضي أنَّه يشهد عن سماع أو معاينة يد لم يقبله لأنَّ القاضي لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده، ولا برؤية نفسه في يد إنسان سهو انتهى، وفيه كلام لأنَّ مراد الزيلعي أنَّ القاضي لا يقضي به قضاءً محكماً مبرماً بحيث لو ادعى الخصم لا يقبل منه بدليل أنَّه صرح قبيل هذا بأنَّه يقضي به قضاء ترك، بمعنى أنَّه يترك في يد ذي ا ليد ما دام خصمه لا حجة له كما ذكره المقدسي تدبر **(ولو فسر)** الشاهد **(للقاضي أنَّه شهد بالتسامع)** في موضع يجوز فيه أنْ يشهد بالتسامع بأن يقول: إني أشهد على هذا بالاستماع **(أو بمعاينة اليد)** بأن يقول: أشهد لأني رأيته في يده **(لا يقبلها)** أي لا يقبل القاضي شهادته إلاَّ في الوقف والموت فتقبل، لو فسر للقاضي أنَّه أخبره من يثق به على الأصح قال يعقوب باشا، وذكر في بعض الشروح أن الشهادة في الوقف تقبل وإنْ فسرها وفي النسب والنكاح أيضاً وإنْ فسرها في الأصح، وفي الموت إنْ كان مشهوراً وإن فسرها بأنَّه سمعه وإن لم يعاين انتهى، لكن إذا أسند إلى من يوثق به كما في البحر، وفي الزاهدي شهدا فيما يصح بالشهرة، وقالا لم نعاين ولكن اشتهر عندنا تقبل **(ومن شهد أنه حضر دفن زيد أو صلى عليه قبلت)** شهادته بالاتفاق **(وهو)** أي حضور دفن زيد أو صلاته عليه **(عيان)** للموت حكماً حتى لو فسر للقاضي قبل لأنَّه لم يشهد إلاَّ بما علم فوجب قبولها.

. . . .

علم رقه أو كان صغيراً لا يعبر عن نفسه فكذلك) لأنَّه كالمتاع، وعن الأئمة الثلاثة أنَّه كالكبير أيضاً كما في الذخيرة، (و) هذا كله إذا لم يفسر للقاضي ذلك، و (لو فسر) الشاهد (للقاضي) كلاً من المسموع أو المرئي (أنَّه شهد بالتسامع) في العشرة السابقة (أو بمعاينة اليد) في المسائل اللاحقة (لا يقبلها) على الصحيح إلاَّ في الوقف والموت، كما في التنوير. زاد القهستاني والنكاح والنسب إذا قالا: أخبرنا من نثق به على ما مر. (قلت): قول القهستاني: أخبرنا به ثقة فيه ما فيه فتدبر. (تنبيه): في العزمية عن الخانية معنى التفسيران يقولا: شهدنا لأنا سمعنا من الناس أما لو قالا لم نعاين ذلك، ولكنه اشتهر

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لا تقبل شهادة الأعمى خلافاً لأبي يوسف فيما إذا تحملها بصيراً ولا شهادة المملوك والصبي إلاّ أن تحملا حال الرق والصغر وأديا بعد العتق والبلوغ ولا شهادة المحدود في قذف

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرع من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة، ومن لا تسمع، وقدم ذلك على هذا لأنَّه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط كما في العناية، لكن المشروط هو الشهادة لا من تسمع منه الشهادة تأمل، وفي البحر يقال: قبلت القول حملته على الصدق كذا في المصباح، والمراد من يجب قبول شهادته على القاضي، ومن لا يجب لا من يصح قبولها، ومن لا يصح لأنَّ من جملة ما ذكره ممن لا يقبل شهادة الفاسق، وهو لو قضى بشهادته صح بخلاف العبد، والصبي والزوجة والولد والأصل لكن في خزانة المفتيين إذا قضى بشهادة الأعمى أو المحدود في القذف إذا تاب أو بشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه أو بشهادة الوالد لولده، وعكسه نفذ حتى لا يجوز للثاني إبطاله، وإنْ رأى بطلانه انتهى، فالمراد من عدم القبول عدم حله انتهى **(لا تقبل شهادة الأعمى)** عند الطرفين سواء كان فيما يسمع أو لا، لأنَّ الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له، والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلاّ بالنغمة وهي غير معتبرة لشبهها بنغمة أخرى، وقال زفر: وهو رواية عن الإمام: تقبل فيما يجري فيه التسامع لأنَّه في السماع كالبصير، وفي البحر، واختاره في الخلاصة، وعزاه إلى النصاب جاز ما به من غير حكاية خلاف انتهى، لكن لم يذكر في الخلاصة أنَّه مختار وإنما قال: وفي النصاب وشهادة الأعمى لا تجوز إلاّ في النسب والموت وما تجوز الشهادة فيه بالشهرة والتسامع، فكان ينبغي أنْ يقول، وجزم به في النصاب من غير ذكر خلاف كما ذكره المقدسي **(خلافاً لأبي يوسف)** والشافعي في الدين والعقار **(فيما إذا تحملها بصيراً)** وإنما قيدنا بالدين والعقار لأنَّ في المنقول لا تقبل شهادته اتفاقاً لأنَّه يحتاج إلى الإشارة والدين يعرف ببيان الجنس أو الوصف، والعقار بالتحديد، وكذا في الحدود، لا تقبل

. . . .

عندنا جازت في الكل، وعزاه في المنح للخلاصة والبزازية، ونقلنا في شرحنا عن شرح الوهبانية تصحيحه فليحفظ **(ومن شهد أنه حضر دفن زيد أو صلى عليه قبلت وهو عيان)** للموت حكماً.

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

أي من يجب على القاضي قبول شهادته ومن لا يجب، لا من يصح قبولها أو لا يصح لصحة قضائه بشهادة الفاسق أو الأعمى مثلاً كما في المنح والحواشي اليعقوبية، **(لا تقبل شهادة الأعمى)** مطلقاً كما في التنوير خلافاً لما في القهستاني، **(خلافاً لأبي يوسف فيما إذا تحملها بصيراً)** ومفاده عدم

وإنْ تاب إلاّ أنْ حد كافراً ثم أسلم ولا الشهادة لأصله وإنْ علا وفرعه وإن سفل وعبده ومكاتبه

اتفاقاً قيد بقوله: إذا تحملها بصيراً لأنَّه لو تحملها أعمى لا تقبل اتفاقاً كما في شرح المجمع وغيره، لكنَّ المراد اتفاق غير مالك، وإلاَّ فعنده مقبولة قياساً على قبول روايته تدبر، وفي الهداية ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند الطرفين لأنَّ قيام أهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده، وقد بطلت وصار كما إذا خرس أو جنَّ أو فسق، بخلاف ما إذا مالوا أو غابوا لأنَّ الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت انتهى، وعند أبي يوسف لا يمتنع القضاء، لأنَّه لا أثر في نفس قضاء القاضي للعمى العارض للشاهد بعد أداء شهادته فيكون الأداء عنده حجة (ولا) تقبل (**شهادة المملوك**) سواء كان قناً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد أو معتق البعض (**والصبي**) لأنَّ الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهما (**إلاّ أن تحملا**) أي الشهادة (**حال الرق والصغر وأديا بعد العتق والبلوغ**) لأنهما أهل للتحمل لأنَّ التحمل بالمشاهدة والسماع، ويبقى إلى وقت الأداء بالضبط، وهما لا ينافيان ذلك، وهما أهل عند الأداء وأشار إلى أنَّ الكافر إذا تحملها على مسلم ثم أسلم فأداها تقبل، وكذا الزوج إذا تحملها لامرأته فأبانها، ثم شهد لها، وفي الخلاصة ومتى ردت الشهادة لعلة، ثم زالت العلة فشهد في تلك الحادثة لا تقبل إلاَّ في أربعة: العبد والكافر على المسلم، والأعمى والصبي، وفي النصاب إذا شهد المولى لعبده فردت، ثم شهد بعد العتق لا تقبل، والمراد من الصغر أنْ يكون صاحب تمييز لأنَّ مطلق الصغر ليس بأهل لتحمل الشهادة، فعلى هذا لو قال: والتمييز مكان الصغر كما في التنوير لكان أولى، وفيما قاله يعقوب باشا من أنَّه لا يجوز للقاضي أنْ يقبل شهادة المملوك، ويحكم به وإنْ حكم لا يصح لأنَّه غير مجتهد فيه كلام لأنَّ صاحب الكافي قال: ورد شهادة المملوك والصبي خلافاً لمالك فيهما فيكونان مجتهدا فيهما تتبع (ولا) تقبل (**شهادة المحدود في قذف**) أي لقذفه (**وإنْ**) وصلية (**تاب**) عندنا لقوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ [النور: ٤]، وقوله تعالى: ﴿إلاّ الذين تابوا﴾ [البقرة: ١٦٠] استثناء منقطع لأنَّ قوله تعالى: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ [المائدة: ٤٧] كلام مبتدأ ليس من جنس الأول إذ هو إخبار وما قبله أمر ونهي، فلا يمكن إثبات الشركة بينهما في المعنى فإذا صار منقطعاً عن الأول لا ينصرف الاستثناء المذكور إلى ما قبله، وفي البحر والأوجه أنَّه متصل، وتمامه في الفتح فليراجع ولأنَّ رد شهادته من تمام حده،

. . . .

قبول الأخرس مطلقاً بالأولى (**ولا شهادة المملوك والصبي**) والمغفل والمجنون (**إلاَّ أنْ تحملا حال الرق والصغر**) مع التمييز (**وأديا بعد العتق والبلوغ**)، وكذا بعد الإبصار والإسلام وتوبة الفسق، وطلاق الزوجة لأنَّ المعتبر حال الأداء، وتمامه في شرحنا على التنوير (ولا) تقبل (**شهادة المحدود**) تمام الحد، وقيل: أكثره (**في قذف وإن تاب**) بتكذيبه نفسه لأنَّ الرد من تمام الحد بالنص والاستثناء منصرف لما يليه، وهو وأولئك هم الفاسقون لا على ما قبله، لأنَّه طلبي، وهذا إخباري، بضمير فصل. (**قلت**): فليس كقوله وبالوالدين إحساناً بمعنى أحسنوا كما بينته فيما علقته على البيضاوي أو منقطع

ومن أحد الزوجين للآخر ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما ولا شهادة المخنث

وفيه إشارة إلى أنَّ الشهادة قبل الحد تقبل، وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد، وعن الإمام سقوطها بضرب الأكثر وعنه أيضاً سقوطها بضرب واحد، وعند الأئمة الثلاثة تقبل إذا تاب لقوله تعالى: ﴿إلاَّ الذين تابوا﴾ [البقرة: ١٦٠] إذ الاستثناء متى يعقب كلمات معطوفات ينصرف إلى جميع ما تقدم ولأنَّ الموجب لرد شهادته فسقه، وقد ارتفع بالنوبة لكن رد الشهادة لأجل أنَّه حد لا للفسق، ولهذا لو أقام أربعة بعد ما حد على أنَّه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لأنَّه لو أقامها قبله لم يحد فكذا لا ترد شهادته كما في التبيين، فعلى هذا لو قيد بقوله: إنْ لم يقم بينة على صدق مقالته لكان أولى تدبر (**إلاّ أنْ حد كافراً ثم أسلم**) فتقبل على الكافر، وعلى أهل الإسلام ضرورة، لأنَّ هذه الشهادة شهادة أخرى حدثت بعد الإسلام ولم يلحقها رد بسبب الحد بخلاف العبد إذا حد، ثم عتق حيث لا تقبل شهادته لأنَّه لا شهادة للعبد أصلاً في حال رقه فيتوقف الرد على حدوثها فإذا حدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (**ولا**) تقبل (**الشهادة لأصله وإنْ**) وصلية (**علا**) سواء كان الجد صحيحاً أو فاسداً (**وفرعه وإن سفل**) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده» ولأنَّ المنافع بينهما على وجه الاتصال فلا يخلو من تمكن التهمة، ولهذا تقبل على أصله وفرعه إلاَّ إذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه فإنها لا تقبل أطلق الفرع فشمل الولد من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعن لأصوله أو هو له أو لفروعه لثبوته من وجه، وتقبل شهادة الولد من الرضاع له، وتجوز شهادة الرجل لأم زوجته وأبيها، ولزوج ابنته ولامرأة ابنه (**وعبده**) أي ولا تقبل شهادة المولى لعبده سواء كان للعبد دين أو لم يكن لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة المولى» لعبده ولأنَّه شهادة من نفسه من وجه (**ومكاتبة**) لكونه عبداً رقبة (**و**) لا تقبل (**من أحد الزوجين للآخر**) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته».

وقال الشافعي: تجوز بلا فرق وفي الخانية إنْ شهد الرجل لامرأته بحق، ثم تزوجها بطلت شهادته، ولو شهد لامرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها باينا، وانقضت عدتها روى ابن شجاع أنَّ القاضي ينفذ شهادته، وبه علم أنَّ الزوجية إنما تمنع منها وقت

. . . .

كقوله: فإنهم عدو لي إلا رب العالمين، وفيه خلاف الشافعي ومالك (**إلا إنْ**) برهن على صدقه بأربعة على زناه أو باثنين على إقراره أو (**حد كافراً ثم أسلم**) فتقبل وإن ضرب أكثره بعد إسلامه على الظاهر، بخلاف عبد حد فعتق لم تقبل (**ولا الشهادة لأصله وإن علا وفرعه وإن سفل وعبده ومكاتبه، ومن أحد الزوجين للآخر**) ولو في عدة من ثلاث (**والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما**) لأنها شهادة لنفسه من

الذي يفعل الردى والنايحة والمغنية والعدو بسبب ديناً على عدوه ومدمن الشرب على

القضاء لا وقت الأداء ولا وقت التحمل كما في البحر وفي كلام الخانية إشارة إلى أن القاضي لا ينفذ شهادته في العدة لما في القينة طلقها ثلاثاً، وهي في العدة لا تجوز شهادته لها ولا شهادتها له انتهى، فعلى هذا لو قيده بقوله: ولو في عدة من ثلاث لكان أولى تدبر (**ولا**) تقبل شهادة (**الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما**) لأنَّه مدع لنفسه فلو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (**ولا**) تقبل (**شهادة المخنث الذي يفعل الردى**) لارتكابه المعصية، والمراد من المخنث هو الذي يتشبه بالنساء باختياره في الأقوال والأفعال.

وأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر خلقة فهو مقبول الشهادة، وفي البحر المخنث بكسر النون، وفتحها فإنْ كان الأول فهو بمعنى المتكسر في أعضائه المتلين في كلامه تشبهاً بالنساء، وإن كان الثاني فهو الذي يعمل به لواطة (**و**) لا شهادة (**النائحة**) في مصيبة غيرها ولو بلا أجر (**والمغنية**) لارتكابهما الحرام فإنَّه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية، قيدنا بمصيبة غيرها لأنَّها لو ناحت في مصيبتها تقبل.

وكذا المراد بالتغني التغني بين الناس وإلاَّ فمجرد التغني لم يسقط العدالة كما في القهستاني (**و**) لا تقبل شهادة (**العدو بسبب دنيا على عدوه**) لأنَّ العداوة لأجل الدنيا حرام فيظهر بالشهادة عليه عداوته، أما إذا شهد لمنفعته قبلت لعدم ظهور فسقه من عداوته فيحمل على

. . . .

وجهن (**ولا شهادة المخنث الذي يفعل الرديء**) فيتشبه بالنساء في التزين والتمكين.

وأما المتكسر المتلين في أعضائه وكلامه خلقة فهو كالخنثى فيقبل إذا كان معه رجل ومرأة ذكره القهستاني فليحفظ، (**و**) لا (**النائحة**) في مصائب الناس ولو بلا أجرة، ذكره القهستاني على خلاف ما في الدرر وغيرها، من تقييده بالأجر أيضاً فتنبه فلو في مصيبتها تقبل أي لزيادة اضطرارها وانسلاب صبرها واختيارها فكان كالشرب للتداوي، ذكره الواني.

(**قلت**): وبه اندفع كلام القهستاني فتأمل، وسيجيء وجه آخر (**و**) لا (**المغنية**) ولو لنفسها لحرمة رفع صوتها كما في الدرر وغيره، وينبغي تقييده بمداومتها عليه ليظهر عند القاضي كما في مدمن الشرب على للهو، ذكره الواني وغيره، لكن في القهستاني عن الكرماني أنَّها المحترفة بالتغني بين الناس وبمجرد التغني لا تسقط العدالة، انتهى. لكن عامة الكتب على الفرق بين المغني والمغنية وسيجيء (**و**) لا (**العدو بسبب ديناً على عدوه**) وقيل تقبل لو عدلاً، وصحح، واعتمده في الوهبانية والمحبية لكنَّ الأول مذهب المتأخرين كما أفاده القهستاني وغيره، لكن علله بظهور فسقه انتهى. (**قلت**): وعليه فلا تقبل ولو على غير عدوه لأنَّ الفسق لا يتجزىء وبه صرح في الأشباه في تتمة قاعدة إذا اجتمع الحرام والحلال (**و**) لا (**مدمن الشرب**) لغير الخمر لأنَّ بقطرة منها يرتكب الكبيرة فترد شهادته، (**قلت**): وما ذكره ابن الكمال غلط كما حرره في البحر، قال: وفي غير الخمر يشترط الإدمان

اللهو ومن يلعب بالطيور أو بالطنبور أو يغني للناس أو يلعب بالنرد أو يقامر بالشطرنج

تركها، وفي القنية أنَّ العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها أو يجلب بها منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة، وما في الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين، وأما الرواية المنصوصة فبخلافها فإنَّه إذا كان عدلاً تقبل شهادته وهو الصحيح، وعليه الاعتماد وتمامه في البحر فليطالع (**ومدمن الشرب على اللهو**) سواء شرب الخمر أو المسكر من المحرمات إذ بالإدمان والإعلان يظهر فسقه، هذا إذا شرب على اللهو أما إذا شرب للتداوي فلا يسقط العدالة لكون الحرمة مختلفاً فيها، وفي أكثر المعتبرات قالوا: إنما شرط الإدمان ليكون ذلك ظاهراً منه عند الناس لأنَّ من اتهم بشرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وإنْ كانت كبيرة وإنما تبطل إذا ظهر ذلك أو خرج سكران فيسخر منه الصبيان لأنَّ مثله لا يحترز عن الكذب فينبغي أنْ لا يكون المراد من الإدمان الإدمان في النية بأنْ يشرب ومن نيته أنْ يشرب بعد ذلك إذا وجد كما في النهاية لأنَّه لا يظهر الشرب منه كما لا يخفى، وقيل: المراد من مدمن الشرب على اللهو غير شارب الخمر لأنَّ شاربها مردود الشهادة، ولو قطرة فلا حاجة لإبطال شهادته إلى الإدمان ولا إلى شربها على اللهو. وقال الصدر الشهيد: إنَّ الخصاف يسقط العدالة بشرب الخمر من غير إدمان ومحمد شرط الإدمان لسقوطها وهو الصحيح، وتمام التحقيق في البحر فليطالع (**ومن يلعب بالطيور**) لشدة غفلته وإصراره على نوع لهو لأنَّه غالباً ينظر إلى العورات في السطوح وغيرها وهو فسق، فأما إذا أمسك الحمام للاستيناس، ولا يطيرها فلا تزول عدالته لأنَّ إمساكها في البيوت مباح (**أو**) يلعب (**بالطنبور**) لكونه من اللهو والمراد من الطنبور كل لهو يكون شنيعاً بين الناس احترازاً عما لم يكن شنيعاً كضرب القضيب فإنَّه لا يمنع قبولها إلاّ أن يتفاحش بأن يرقصون به فيدخل في حد الكبائر (**أو يغني للناس**) لأنَّه يجمع الناس على الكبيرة كما في

. . . .

لأنَّ شربه صغيرة وإنما قال (**على اللهو**) ليخرج شرب غير الخمر للتداوي فلا يسقط العدالة، أي بخلاف الخمر للتداوي فإنَّه حرام، نعم لو شربه لضرورة إساغة الغصة كان مباحاً، ذكره القهستاني متعصباً على صدر الشريعة، ونقل عن الخزانة أنَّ الجالس مجلس الفجور كالمدمن وحقق في البحر أنَّ الإدمان بالفعل أو بالنية ليس بشرط في الخمر، لأنَّه مسقط للعدلة مطلقاً، ثم قال: وإنما شرط الإدمان ليظهر شربه عند القاضي لا أنَّه شرط فهو كتقييدهم النياحة بمصيبة غيرها مع أنَّ النياحة كبيرة للتوعد عليها، لكن لا يظهر إلاّ في مصيبة غيرها غالباً، وأما في غير الخمر فلا بد من الإدمان لأنَّ شربه صغيرة والقولان في تفسير الإدمان أي بالفعل أو بالنية محكيان في تفسير الإسرار عليها، انتهى ملخصاً.
(**قلت**): وعليه فيتجه عدم تقييد النياحة بالأجر كما قدمناه عن القهستاني فتدبر، ونتجه تقييد الخمر بالإدمان على القول به فتأمل فإنَّ للكلام مجالاً واسعاً (**ومن يلعب با**) الصبيان و (**الطيور أو بالطنبور**) والطالب وكل لهو شنيع أحدثه الشيطان بين المسلمين دون نحو حد أو ضرب قضيب إلاَّ إذا فحش بأن يضم معه نحو الرقص وكذا الخروج من البلد لقدوم أمير لا للتعظيم أو للاعتبار كما في الكبرى وأقره القهستاني، (**أو يغني للناس**) لا لنفسه لدفع هم أو تعلم نظم فلو فيه وعظ وحكمة فجائز اتفاقاً، ولو فيه

أو تفوته الصلاة بسببه أو يرتكب ما يوجب الحد أو يأكل الربا، أو يدخل الحمام بلا إزار

الهداية، وظاهره أنَّ الغناء كبيرة وإنْ لم يكن للناس بل لإسماع نفسه للوحشة وهو قول شيخ الإسلام: فإنّه قال بعموم المنع والإمام السرخسي إنما منع ما كان على سبيل اللهو ومنهم من جوزه لإسماع نفسه دفعاً للوحشة وهو الصحيح كما في أكثر المعتبرات، ومنهم من جوزه في عرس أو وليمة، ومنهم من جوزه ليستفيد به نظم القوافي وفصاحة اللسان، ومنهم من كرهه مطلقاً ومنهم من أباحه مطلقاً **(أو يلعب بالنرد)** من غير شرط المقامرة أو تفويت الصلاة **(أو يقامر بالشطرنج أو تفوته الصلاة بسببه)** أي بسبب الشطرنج لظهور الفسق بتركه الصلاة، وكذا بالمقامرة.

أما بدونهما لا يمنع العدالة لأنَّ للإجتهاد فيه مساغاً لقول مالك والشافعي بإباحته، وهو مروي عن أبي يوسف واختارها ابن الشحنة إذا كان لإحضار الذهن واختار أبو زيد حله، وفي النوازل سئل أبو القاسم عمن ينظر إلى لاعبه من غير لعب أيجوز؟ فقال: لن يصير فاسقاً وقد سوى بين النرد والشطرنج في الكنز فقال: أو يقامر بالنرد والشطرنج وليس كذلك، والحاصل أنَّ العدالة إنما تسقط إذا وجد واحد من خمسة القمار، وفوت الصلاة بسببه وإكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق أو يذكر عليه فسقاً وإلاّ فلا بخلاف النرد فإنه مسقط مطلقاً كما في البحر.

وإنما لم يذكر الثلاثة الأخيرة لأنها معلومة فلا تساهل في تركها **(أو يرتكب ما يوجب الحد)** أي يأتي نوعاً من الكبائر الموجبة للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده، وذا دليل قلة ديانته فلعله يجترىء على الشهادة زوراً كما في الكافي، وفي الدرر هذا مخالف لما نقلناه عنه

. . . .

ذكر امرأة مغنية حية أو وصف خمر مهيج إليها أو قصد هجو ولو ذمي حرم، ومنهم من أجازه في العرس كضرب الدف فيه ومنهم من أباحه مطلقاً، ومنهم من كرهه مطلقاً، ذكره العيني وتبعه الباقاني **(قلت)**: لكن في البحر والمذهب حرمته مطلقاً فانقطع الاختلاف، بل ظاهر الهداية أنَّه كبيرة، ولو لنفسه وهو قول شيخ الإسلام. وكذا لسامعه وحاضره، انتهى ملخصاً. وفي القهستاني عن الكرماني ورد الشهادة لإعلان الفسق لا للفسق انتهى. **(قلت)**: وبه يتجه ما قدمه في المغنية أو ما تقدم عن الواني، ويأتي على أنَّ ظاهر كلام سعدي أفندي يفيد تقييد غناها بالأجرة أيضاً، وفيه ما مر، فتدبر **(أو يلعب بالنرد)** أو بالطاب. **(قلت)** وسواء قامر أو لا وأما الشطرنج فلشبهة الخلاف شرط واحد من ست أشار إليه بقوله **(أو يقامر بالشطرنج أو تفوته الصلاة)** أي وقتها أو الصوم أو غيرهما من الفرائض **(بسببه)** أو يحلف عليه أو يذكر عليه فسقاً أو يلعب به على الطريق كما في التنوير تبعاً للأشباه أو يداوم عليه كما في الحواشي السعدية معزياً للكافي وغيره، وذكر في الجواهر أنَّ مجرد اللعب بالشطرنج قادح، وقيل: هذا إذا اتخذه صنعة، فقد قيل: روحوا القلوب ساعة فساعة وأقره القهستاني. **(قلت)**: لكنه خلاف ما في المتون **(أو يرتكب ما يوجب الحد)** للفسق ومراده أنْ يرتكب كبيرة كما في المنح وغيرها ويدخل فيه

. . . .

في شرب الخمر سراً لكن التوفيق بينهما أنَّ المراد بارتكاب ما يحد به ليس ارتكاب ما من شأنه أنْ يحد به بالفعل، ولا يكون ذلك إلاَّ بإظهاره واطلاع الشهود عليه، وفي البحر الإعانة على المعاصي والحث عليها كبيرة، ولا تقبل شهادة بائع الأكفان، وقيد السرخسي بما إذا ترصد لذلك العمل وإلاّ فتقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون، ولا تقبل شهادة الصكاكين لأنَّهم يكتبون بخلاف الواقع والصحيح قبولها إذا غلب عليهم الصلاح، ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف، ولا تقبل شهادة من يشتم أهله ومماليكه كثيراً إلاَّ أحياناً، وكذا الشتام للحيوان، ولا تقبل شهادة البخيل والذي أخر الفرض بعد وجوبه إنْ كان له وقت معين كالصوم والصلاة، ولا تجوز شهادة تارك الجماعة إلاّ بتأويل وكذا تارك الجمعة بغير عذر ولا تارك الصلاة ولا تقبل شهادة أهل السجن بعضهم على بعض وذكر ابن وهبان، لا تقبل شهادة الأشراف من أهل العراق لأنهم قوم يتعصبون، وفي البحر فعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته انتهى فينبغي أنْ لا تقبل في زماننا شهادة العلماء بعضهم على بعض لأنَّهم متعصبون **(أو يأكل الربا)** لأنَّه من الكبائر، أي يأخذ القدر الزائد، والمراد بالأكل الأخذ وشرط في المبسوط أنْ يكون مشهوراً بأكل الربا لأنَّ التجار قلما يتخلصون عن الأسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربا فلا بد من الإشتهار كما في الدرر **(أو يدخل الحمام بلا إزار)** لأنَّ كشف العورة حرام ومع

. . . .

القذف قبل الحد، فإنَّه كبيرة مسقطة للعدالة وبه يفتي كما في الكبرى، لكن يشترط إعلان الكبيرة كما في القهستاني عن النظم. **(قلت)**: وكذا في الشرنبلالية عن الفتح أنَّ محمل قولهم ومن يأتي باباً من الكبائر بأنَّه على الإتيان به شهرة، انتهى، فليحفظ. ولذا قال بعضهم أو يرتكب ما يحد به أي ما من شأنه أنْ يحد به ولا يكون ذلك إلاَّ بإظهاره واطلاع الشهود عليه، وليس المراد ارتكاب ما يحد به بالفعل، انتهى. هذا وأكثر ما ذكره لتفصيل ما أجمله في العدل فلا وجه لظن أنَّ الظاهر تركه لأنَّه مستفاد منه نعم الظاهر تقديمه كما فعل صاحب الكنز أو تأخيره كما لا يخفى. **(قلت)**: واعلم أنهم قد أكثروا في الفرق بين الكبيرة والصغيرة، ولصاحب البحر رسالة في بيان إفرادهما. وكذا لبدر الغزي منظومة في ذلك، وقد شرحتها شرحاً حافلاً بما لا مزيد عليه فإنْ رمت ذلك فعليك به **(أو يأكل الربا)** المراد أخذه المقدار الزائد لا حقيقة الأكل. وذكره هنا وفي الآية لأنَّه أعظم منافع المال، ولشيوعه في المطعومات، ثم أنَّ السرخسي قيده بالعلم به، ولا حاجة إليه لأنَّ العلم مأخوذ من مفهوم المعصية. ذكره القهستاني، وغيره. وقيده في الأصل بالشهرة به أي الإدمان بخلاف أكل مال اليتيم فترد شهادته بمرة واحدة، ولا حاجة إليه أيضاً لأنَّه فسق وهو المانع للشهادة شرعاً إلاَّ أنَّ القاضي لا يثبت ذلك إلاَّ بعد ظهور له فالكل سواء. **(قلت)**: وفرق الزيلعي وغيره بأنَّ الربا يفيد الملك بالقبض، ومال اليتيم لا يفيد شيئاً كما لا يخفى كما في المنح تبعاً للبحر أي للاتفاق على أنهما من الكبائر.

وأما الملك بالقبض فشيء آخر فتبصر **(أو يدخل الحمام)** ومجمع الناس **(بلا إزار)** لأنَّ إبداء

أو يفعل ما يستخف به كالبول والأكل على الطريق، أو يظهر سبب السلف. وتقبل الشهادة لأخيه وعمه ومحرمه رضاعاً أو مصاهرة. وشهادة أهل الأهواء إلاّ الخطابية

ذلك يدل على عدم المبالاة (**أو يفعل ما يستخف به كالبول والأكل على الطريق**) لأنّه تارك المروة.

وكذا كل من يأكل غير السوقي في السوق بين الناس، والمراد بالبول على الطريق إذا كان بحيث يراه الناس، وكذا غيرهما في المباحات القادحة في المروءة كصحبة الأراذل والاستخفاف بالناس وإفراط المزح والحرف الدنية من نحو الدباغة والحياكة والحجامة، بلا ضرورة كما في القهستاني لكن في البحر الصحيح القبول إذا كانوا عدولاً ومثله النخاسون والدلالون (**أو يظهر سب**) واحد من (**السلف**) وهم الصحابة، والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم أجعين لأنَّ هذه الأفعال تدل على قصور عقله ومروءته، ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب كما في الدرر، وزاد في الفتح العلماء، ولو قال أو يظهر سب مسلم لكان أولى لأنَّ العدالة تسقط بسبب مسلم بأن لم يكن من السلف كما في النهاية وغيرها قيد بالإظهار لأنَّه لو كتمه تقبل كما في الهداية (**وتقبل الشهادة لأخيه وعمه**) ولسائر الأقارب غير الأولاد

. . . .

العورة فسق. وفي الذخيرة إذا لم يعلم رجوعه عن ذلك. (**قلت**) وأما ما ذكره الكرخي أنَّ المشي في السوق بالسراويل فقط مسقط للشهادة، فليس للحرمة بل لأنّه يخل بالمروءة، وقد أفاده بقوله (**أو يفعل ما يستخف به كالبول والأكل على الطريق**) بين قوم وكذا غيرهما من المباحات المخلة بالمروءة، كصحبة الأراذل وإفراط المزح والحرف الدنية كدباغة وحياكة وحجامة بلا ضرورة كما في القهستاني عن الكشف. (**قلت**): ومنه كشف عورته ليستنجي من جانب البركة والناس حضور، وقد كثر في زماننا كما بسطه الكمال (**أو يظهر سب**) واحد من (**السلف**) أي الصحابة رضي الله تعالى عنهم لظهور فسقه بخلاف من يخفيه لأنّه فاسق مستور ذكره العيني وغيره والسلف شرعاً كل من يقلد مذهبه في الدين كأبي حنيفة وأصحابه فإنَّهم سلفنا والصحابة، والتابعين فإنهم سلفهم كما في الكفاية وعليه فيعم جميع المجتهدينْ ونعم ما قيل من طعن في علماء الأمة فلا يلومن إلاَّ أمه كما في الكرماني. (**قلت**): وقيد بالسلف تبعاً لكلامهم وإلاَّ فالأولى أنْ يقال: سب مسلم لسقوط العدالة بسب المسلم وإنْ لم يكن من السلف كما في السراج وغيره. وفي العناية وغيرها عن أبي يوسف: لا أقبل شهادة من سب الصحابة وأقبلها ممن يتبرأ منهم لأنّه يعتقد ديناً وإنْ كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب. (**قلت**): وفيه إشعار بأنّه لو نقل حنفي إلى شافعي لم تقبل شهادته، وإنْ كان عالماً، ذكره القهستاني وذكر أيضاً أنَّه لا يشهد له خادمه وكاتبه ومشرفه وأجيره الخاص وتلميذه الخاص ورعيته والمتكلم فى أحاديث الرعية وقسمة النوائب.

وكذا راكب بحر الهندي من سكن دار الحرب لنيل المال ومسجون في حادثة السجن وتمامه فيما علقت على التنوير، (**وتقبل الشهادة لأخيه وعمه ومحرمه رضاعاً أو مصاهرة**) لعدم التهمة (**و**) كذا تقبل (**شهادة أهل الأهواء**) أي أصحاب بدع لا تكفر وقد روفض وخروج وتشبيه وتعطيل. (**قلت**) وكل منهم

. . . .

(ومحرمة رضاعاً أو مصاهرة) كأم امرأته وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه لأنَّ الأملاك ومنافعها متميزة بينهم، ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا يتحقق التهمة **(و)** تقبل **(شهادة أهل الأهواء)** مطلقاً سواء كان على أهل السنة أو بعضهم على بعض، أو على الكفرة إذا لم يكن اعتقادهم مؤدياً إلى الكفر كما في الذخيرة، وهم أهل القبلة الذين معتقدهم غير معتقد أهل السنة في بعض الأمور كالجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثني عشر فرقة على ما هو المذكور في الكتب الكلامية، وقال الشافعي: لا تقبل شهادة كلها لاشتداد فسقهم، ولنا أنَّ فسقهم كان من حيث الاعتقاد ولم يوقعهم في هذا الهوى ألاَّ تدينهم فصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي **(إلاَّ الخطابية)** هم قوم من غلاة الروافض يعتقدون استحلال الشهادة لكل من حلف عندهم أنَّه محق وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة من شهادتهم فلا تقبل **(و)** تقبل شهادة **(الذمي على مثله)** أي على ذمي آخر **(وإنْ)** وصلية **(اختلفا ملة)** كاليهود والنصارى إذ الكفر ملة واحدة، وقال ابن أبي ليلى: لا تقبل إن تخالفا اعتقاداً وفي الغرر وتقبل من كافر على عبد كافر مولاه مسلم أو على حر كافر موكله مسلم بلا عكس **(و)** تقبل شهادة الذمي **(على المستأمن)** لأنَّ الذمي أعلى حالاً منه لكونه من أهل دارنا، ولهذا يقتل المسلم بالذمي لا بالمستأمن **(دون عكسه)** أي لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لقصور ولايته عليه لكونه أدنى حالاً منه.

(و) تقبل شهادة **(المستأمن على مثله إنْ كانا من دار واحدة)** حتى لو كانا من أهل دارين كالروم والترك لا تقبل لأنَّ الولاية فيما بينهم منقطع باختلاف المنعتين، ولهذا لا يجري

. . . .

اثنتا عشرة فرقة فصاروا اثنين وسبعين كلهم في النار، إلاَّ من أنفذه التوحيد، لا يقال أنهم بهذه الاعتقادات صاروا فاسقين فكيف تقبل شهادتهم لأنا نقول: لا نسلم فسقهم لأنَّ الفسق لا يطلق على فعل القلب كما في القهستاني عن الكرماني. قال: واللام إشارة إلى أنَّ كل من كفر منهم كالمجسمة والخوارج وغلاة الروافض والقائلين بخلق القرآن، لا تقبل شهادتهم عن المسلمين كما في المشارع وصححه في المحيط كما في البحر **(إلاَّ الخطابية)** طائفة من الروافض رئيسهم أبو الخطاب محمد بن أبي وهب الأجذع صلبه عيسى بن موسى بالكوفة لأنَّه قال: إنَّ علياً الإله الأكبر وجعفر الأصغر فلا تقبل شهادتهم لأنهم يرونها واجبة لشيعتهم ولكل من حلف أنَّه محق فردهم لا لبدعتهم بل لتهمة الكذب. **(قلت)**: ولم يبق لمذهبهم ذكر ذكره في البحر. قال ويلحق به صاحب الإلهام فلا تقبل شهادته.

وكذا روايته على المختار **(والذمي)** العدل **(على مثله)** في الكفر **(وإنْ اختلفا ملة)** لأنَّ الكفر كله ملة واحدة **(وعلى المستأمن)** وإنْ اختلفا داراً **(دون عكسه)** لعدم ولايته عليه، ولا مرتد على مثله في الأصح، **(والمستأمن على مثله وإنْ كانا من دار واحدة)** وإلاَّ لا كروم وترك **(وعدو)** وبعرف بالعرف

وإلاَّ قلف والخصي وولد الزناء والخنثى والعمال والمعتق لمعتقه والمعتبر حال الشاهد

والذمي على مثله وإنْ اختلفا ملة وعلى المستأمن دون عكسه والمستأمن على مثله إنْ كانا من دار واحدة وعدو بسبب الدين ومن ألمَّ بصغيرة إن اجتنب الكبائر وغلب صوابه

التوارث بينهما، وقال الشافعي ومالك: لا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى **(و)** تقبل شهادة **(عدو بسبب الدين)** أي بأمرٍ ديني لأنَّه لا يكذب لدينه كأهل الأهواء هذا تصريح بما علم ضمناً لأنَّه يفهم من قوله، ولا تقبل شهادة العدو بسبب الدنيا **(و)** تقبل شهادة **(من ألم بصغيرة)** أي ارتكب صغيرة بلا إصرار عليها **(إن اجتنب الكبائر)** أي كل فرد من أفراد الكبائر كما في أكثر الكتب لكن في القهستاني نقلاً عن الخلاصة المختار اجتناب الإصرار على الكبائر فلو ارتكب كبيرة مرات قبل شهادته، واختلفوا في الكبيرة والأصح أنّه ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين.

(وغلب صوابه) على خطائه أي كثرت حسناته بالنسبة إلى سيآته ممن اجتنب الكبائر، وفي الاختيار ولا بد أنْ يكون صلاحه أكثر من فساده معتاداً للصدق مجتنباً عن الكذب صحيح المعاملة في الدينار والدرهم مؤدياً للأمانة قليل اللهو والهذيان، قال عمر رضي الله تعالى عنه: لا تغرنّكم طنطنة الرجل في صلاته انظروا إلى حاله عند درهمه وديناره، أما الإلمام بمعصية لا يمنع قبول الشهادة لما في اعتبار ذلك من سد باب الشهادة انتهى **(و)** تقبل شهادة **(إلاَّ قلف)** لإطلاق النصوص عن قيد الختان لكونه سنة عندنا أطلقه تبعاً لما في الكنز لكن قيده قاضيخان، وغيره بأنْ يتركه لعذر كالكبر أو خوف الهلاك، أما إذا تركه على وجه الإعراض عن السنة أو الاستخفاف بالدين فلا تقبل فالإمام لم يقدر وقت الختان بوقت وغيره من وقت الولادة إلى عشر سنين وقيل إلى اثنتي عشر **(و)** تقبل شهادة **(الخصي)** فإنَّ عمر رضي الله تعالى عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولأنَّه قطع منه عضو ظلماً كما لو قطعت يده ظلماً وكذا إلاَّ قطع إذا كان عدلاً لما رويَّ أن النبي عليه الصلاة والسلام قطع يد رجل في سرقة، ثم كان بعد ذلك يشهد فتقبل شهادته كما في المنح **(وولد الزناء)** لأنَّ فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد خلافاً لمالك **(والخنثى)** إن لم يكن مشكلاً وإنْ كان مشكلاً يجعل امرأة في حق الشهادة احتياطاً وينبغي أنْ لا تقبل في الحدود والقصاص كالنساء **(والعمال)** والمراد بهم عمال السلطان الذين يأخذون

....

(بسبب الدين) لأنَّها من التدين بخلاف الدنيوية، **(قلت)**: وأما الصديق لصديقه فتقبل ما لم تكن متناهية بحيث يتصرف كل في مال الآخر كما في معين المفتي عن معين الحكام **(ومن ألمَّ بصغيرة إنْ اجتنب الكبائر)** كلها **(وغلب صوابه)** على صغائره هو الصحيح في حد العدالة. **(قلت)**: وزادوا أيضاً، وإن يجتنب الأفعال الدالة على الدناءة وعدم المروءة كالبول في الطريق ولا ريب فيه لعدم دخوله في حد الكبيرة على القول الأصح من أنّها كل ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين كما بسطه القهستاني وغيره **(وإلاَّ قلت)** إلاَّ إذا ترك استخفافاً. **(والخصي وولد الزناء والخنثى)** لكنه كأنثى لو

وقت الأداء لا التجمل ولو شهدا إن أباهما أوصى إلى زيد وزيد يدعيه قبلت وإن أنكر فلا ولو شهد أنَّ أباهما الغائب وكله لا تقبل وإنْ ادعاء، ولو شهد داينا ميت أنَّه أوصى

الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور، لأنَّ نفس العمل ليس بفسق فتقبل إلاَّ إذا كانوا أعواناً على الظلم فلا تقبل كما في البحر، وقيل: العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل، والحاصل أنَّهم إنْ كانوا عدولاً تقبل وإلاَّ فلا، وقيل: أراد بالعمال الذين يعملون ويواجرون أنفسهم للعمل لأنَّ من الناس من رد شهادتهم من أهل الصناعات الخسيسة فأفرد هذه المسألة لإظهار مخالفتهم، وفي البحر، وذكر الصدر أنَّ شهادة الرئيس لا تقبل.

وكذا الجابي والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد، ومثله المعرفون في المراكب والعرفاء في جميع الأصناف وضمان الجهات في بلادنا لأنَّهم كلهم أعوان على الظلم كما في الفتح (و) تقبل شهادة (المعتق) بفتح التاء (لمعتقه) وعكسه لأنَّه لا تهمة فيها وقد قبل شريح شهادة قنبر وهو جد سيبويه لعلي رضي الله تعالى عنه وكان عتيقه فيه إشعار بأنَّ العتيق لو كان متهماً لم تقبل، ولذا قال في الخلاصة ولو شهد العبدان بعد العتق على الثمن.

كذا عند اختلاف البائع والمشتري لا تقبل لأنَّهما يجران نفعاً لأنفسهما نفعاً بإثبات العتق لأنَّه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضي لإبطال العتق. وفي المنح، ولا يعارض ما في الخلاصة لو اشترى غلامين وأعتقهما فشهدا لمولاهما على أنَّه قد استوفى الثمن جازت شهادتهما لأنَّهما لا يجران بها نفعاً ولا يدفعان مغرماً وشهادتهما بأن البائع أبرأ المشتري من الثمن كشهادتهما بالإيفاء كما في الخانية (**والمعتبر حال الشاهد وقت الأداء لا**) وقت (**التجمل**) كما بيناه (**ولو شهدا**) أي ابنا الميت (**أن أباهما أوصى إلى زيد**) أي جعله وصياً (**وزيد يدعيه**) أي الإيصاء قال المولى سعدي: والمراد من قوله والوصي يدعي أي الوصي يرضى، انتهى لكن الدعوى تستلزم الرضى بطريق ذكر الملزوم وإرادة اللازم تدبر (**قبلت**) شهادتهما (**وإنْ أنكر**)

. . . .

مشكلاً وإلاَّ فلا إشكال (**والعمال**) للسلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية وهذا في زمانهم لأنَّ الغالب عليهم الصلاح، أما في زماننا فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كما في الكافي وغيره، والصحيح أنهم إنَّ عدو لا تقبل وإلاَّ لا ولا تقبل شهادة عمال الوقف على الصحيح، كما في القهستاني معزياً للجواهر كالصراف والجابي والرئيس والعريف والصكاك والوكلاء المفتعلة، وضمان المقاطعات والطفيلي والمسخرة والرقاص والشتام للدابة، والمجازف في كلامه والمنتقل من مذهب أبي حنيفة إلى مذهب الشافعي وتمامه في المطولات (**والمعتق**) بفتح التاء (**لمعتقه**) بكسرها وعكسه (**والمعتبر حال الشاهد**) أهلية ولاية (**وقت الأداء لا**) قت (**التحمل**) لأنَّ العمل بها والإلزام حالة الأداء

إلى زيد وهو يدعيه قبلت، وكذا لو شهد مديوناه أو من أوصى لهما أو وصياه ولا تقبل

ذلك الوصي (فلا) أي لا تقبل شهادتهما لأنَّ القاضي لا يملك إجبار أحد على قبول الوصية (ولو شهد أنَّ أباهما الغائب وكله) أي زيداً بقبض دينه، أو وكله بالخصومة (لا تقبل وإنْ) وصلية (ادعاء) لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب بتعيينهما فشهادتهما تصير لنفعهما إذ يمكن أن يتواضعا مع الوكيل على أخذ المال، فلا تقبل للتهمة بخلاف مسألة الوصية لأنَّ القاضي يملك نصب الوصي عند الطلب، والحاجة فبشهادتهما أولى وهذا استحسان والقياس يمنع الجواز لأنَّهما قصدا من يقوم بإحياء حقوقهما فلا تقبل للتهمة والظاهر أنَّ الضمير في قوله وإنْ ادعاه يرجع إلى الوكالة أي وإن ادعى الوكيل الوكالة فعلى هذا لو قال وإن ادعاها بالتأنيث لكان أظهر (ولو شهد داينا ميت) أي لو شهد غريمان لهما على الميت ديناً (أنَّه) أي الميت (أوصى إلى زيد) أي جعله وصياً (وهو) أي زيد (يدعيه) أي الإيصاء (قبلت) شهادتهما كما إذا شهدا بدين على الميت لرجلين، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت تقبل شهادتهما عند الطرفين لأنَّ كل فريق يشهد بالدين في الزمة ولا شركة له في ذلك، وإنما تثبت الشركة في المقبوض بعد القبض، وقال أبو يوسف: لا تقبل لأنَّ أحد الفريقين إذا قبض شيئاً من التركة بدينه يشركه الفريق الآخر فصار كل شاهداً لنفسه كما في المنح (وكذا لو شهد مديوناه) أي لو شهد مديوناً ميت أنَّ الميت أوصى إلى زيد، وهو يدعيه قبلت شهادتهما استحساناً والقياس يمنع الجواز في الصورتين لأنَّ الدائنين قصدا من يؤدي حقهما والمديونين قصدا البراءة بالدفع إليه فلا تقبل للتهمة (أو) شهد (من أوصى لهما) بأن الميت قد أوصى إلى زيد وهو يدعيه (أو) شهد (وصياه) بأنَّ الميت قد أوصى إلى زيد وهو يدعيه قبلت استحساناً والقياس يمنع الجواز في الصورتين لأنهما أرادا نصب من يوصل حقهما في الأولى، ونصب من يعينهما على التصرف في مال الميت في الثانية، في النفع يرجع إليهما فلا تقبل، لا يقال بأن الميت إذا كان له وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى نصب آخر لأنَّه يملكه لإقرارهما بالعجز عن القيام بأمور الميت بخلاف ما إذا كان الوصي جاحداً في جميع هذه الصور لأنَّ القاضي لا يملك إجبار أحد على قبول الوصاية كما مر آنفاً، ولا بد من كون الموت معروفاً في الكل أي ظاهراً إلاَّ في مسألة الغريمين للميت عليهما دين فإنها تقبل وإنْ لم يكن الموت معروفاً. وفي البحر ولو شهد الوصي بعد العزل للميت إنْ خاصم لا تقبل، وإلاَّ تقبل كما لو شهد الوكيل بعد عزله للموكل إنْ خاصم لا تقبل، وإلاَّ تقبل، ثم قال نقلاً عن البزازية، وأما شهادة الوصي بحق

(ولو شهدا أنَّ أباهما أوصى إلى زيد وزيد يدعيه قبلت) استحساناً (وإن أنكر هو فلا و) أما (لو شهدا أنَّ أباهما الغائب وكله لا تقبل وإنْ ادعاه) والفرق أنَّ القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب بخلاف الوصي (ولو شهد داينا ميت أنَّه أوصى إلى زيد وهو يدعيه قبلت، وكذا لو شهد مديوناه أو من أوصى لهما أو وصياه) تقبل استحساناً لأنَّ للقاضي ولاية نصبه، وتمامه فيما علقته على التنوير (ولا تقبل

الشهادة على جرح مجرد وهو ما يفسق به من غير إيجاب حق للشرع أو للعبد نحو هو فاسق أو أكل ربا أو أنَّه استأجرهم. وتقبل على إقرار المدعي بفسقهم وعلى أنَّهم عبيد

للميت على غيره بعد ما أخرجه القاضي عن الوصاية قبل الخصومة أو بعدها لا تقبل، وكذا لو شهد الوصي بحق للميت بعدما أدركت الورثة لا تقبل ولو شهد الوصي لبعض الورثة على الميت إذا كان المشهود له صغيراً لا تجوز اتفاقاً وإنْ بالغاً فكذلك عنده، وعندهما تجوز ولو شهد لكبير على أجنبي تقبل في ظاهر الرواية ولو شهد للوارث الكبير والصغير في غير ميراث لم تقبل، ولو شهد الوصيان على إقرار الميت بشيء معين لوارث بالغ تقبل انتهى، **(ولا تقبل الشهادة)** حال كونها مشتملة **(على جرح مجرد)** أي جارحية مجردة أي لم يترتب عليه ما يترتب على الجرح من دفع الخصومة عن المشهود عليه، ولذا يقال له الجرح المفرد **(وهو)** أي الجرح المجرد **(ما يفسق به)** شاهد المدعي المعدل فإنَّ الحكم لم يجز قبل التعديل لا سيما إذا جرح، وعند الشافعي تسمع ويحكم به.

وكذا نقل عن الخصاف **(من غير إيجاب حق للشرع)** كوجوب الحد **(أو للعبد)** كوجوب المال فلو أوجبه تقبل **(نحو)** أن يشهدوا **(هو)** أي الشاهد **(فاسق أو أكل ربا أو أنَّه استأجرهم)** أو شارب خمر في وقت أو زانٍ في وقت أو على إقرارهم أنَّهم شهدوا بزور أو أنَّ المدعي مبطل في هذه الدعوى أو أنَّه لا شهادة لهم على المدعي عليه في هذه الحادثة، وإنما لم تقبل هذه الشهادة بعد التعديل لأنَّ العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع إلاَّ بإثبات حق الشرع أو العبد وليس في شيء مما ذكر إثبات واحد منهما بخلاف ما إذا وجدت قبل التعديل فإنَّها كافية في الدفع، ومن القواعد المقررة أنَّ الدفع أسهل من الرفع وهو السر في كون الجرح المجرد مقبولاً قبل التعديل، ولو من واحد، ولذا قيدنا بالمعدل وغير مقبول بعده بل يحتاج إلى نصاب الشهادة وإثبات حق الشرع أو العبد كما في الدرر، فعلى هذا لو قال: ولا تقبل الشهادة بعد التعديل كما في الغرر لكان أولى **(وتقبل)** الشهادة **(على إقرار المدعي بفسقهم)** أي بفسق شهوده لأنَّهم ما أظهروا الفاحشة بل حكوا عنه، والإقرار مما يدخل تحت الحكم فهذه الشهادة ليست على جرح مجرد بخلاف الشهادة على إقرار الشهود مع أنَّه لا يدخل تحت الحكم لأنَّ فيه هتك الستر وبه

. . . .

الشهادة) عندنا خلافاً للشافعي والخصاف وهو رواية عن أبي يوسف حال كونها مشتملة **(على جرح)** بالفتح أي فسق **(مجرد)** عن إثبات حق لله أو للعبد، فإنْ تضمنه قبلت وإلاَّ لا **(وهو)** كل **(ما يفسق به من غير إيجاب حق للشرع)** كوجوب الحد **(أو للعبد)** كوجوب المال فلو أوجبه تقبل وإلاَّ كان إشاعة للفاحشة المحرمة بالنص بلا ضرورة فلا تقبل لفسقه وذلك **(نحو)** قوله في الجرح المجرد **(هو فاسق أو آكل ربا أو أنه استأجرهم)** ونحو ذلك. **(قلت)**: وهذا لو بعد التعديل فلو قبله قبلت كما جزم به في تنوير الأبصار، وحررته في شرحه وفيه أنَّ القاضي لم يلتفت إلى هذه الشهادة ولكن يزكي الشهود سراً وعلناً فإذا عدلوا قبلها كما في القهستاني عن المضمرات، وجعله البرجندي قولهما خلافاً لأبي حنيفة فراجعه **(وتقبل على)** الجرح المركب كشهادتهم على **(إقرار المدعي بفسقهم وعلى أنَّهم عبيد أو**

أو محدودون في قذف أو شاربو خمر أو قذفة أو شركاء المدعي أو أنه استأجرهم لها بكذا وأعطاهم ذلك مما عنده أو أني صالحتهم بكذا ودفعته إليهم على أنْ لا يشهدوا عليَّ فشهدوا ومن شهد ولم يبرح حتى قال: أوهمت بعض شهادتي قبل إنّ كان عدلاً.

يثبت الفسق، فلا تقبل (و) تقبل (على أنّهم) أي الشهود (عبيد) أو أحدهم عبد (أو) أنهم (محدودون في قذف أو) أنّهم (شاربوا خمر) الآن ولم يتقادم العهد إذ لو كان متقادماً لا تقبل كما مر، وكذا تقبل على أنَّهم سرقوا مني كذا أو زنوا النسوة بلا تقادم ما لم يزل الريح في الخمر، ولم يمض شهر في الباقي (أو) أنَّهم (قذفة) لفلان، وهو يدعيه فإنَّ الكل يوجب حقاً للشرع وهو الرق في العبد والحد في الباقي (أو) أنَّهم (شركاء المدعي) شركة مفاوضة، والمدعي مال لوجود التهمة كما إذا شهد ولد المدعي أو والده (أو أنه) أي المدعي (استأجرهم لها) أو للشهادة (بكذا وأعطاهم ذلك) أي الأجر (مما عنده) أي من الشيء الذي عنده فيكون ما موصولة، وفي بعض النسخ من مالي عنده أي من مالي الذي كان عنده لأنَّ المدعي عليه خصم في ذلك فثبت الجرح بناء عليه (أو) أنهم على (أني صالحتهم بكذا) من المال (ودفعته) أي المال (إليهم) أي إلى الشهود (على أنْ لا يشهدوا علي) بهذا الباطل (فشهدوا) فعليهم أن يردوا المال على أنَّهم أخصام في ذلك (ومن شهد ولم يبرح) أي لم يزل عن مجلس القاضي (حتى قال: أوهمت بعض شهادتي) منصوب على نزع الخافض أي في بعض شهادتي (قبل إنْ كان عدلاً) والمراد بالقبول قبول شهادته لا قبول قوله أوهمت لما في الهداية فإنْ كان عدلاً جازت شهادته، ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان بحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أنَّ الشاهد قد يبتلي بمثله لمهابة مجلس القضاء، فإنْ كان العذر واضحاً فيقبل إذا تداركه في أوان المجلس، وهو عدل بخلاف ما إذا قام عن المجلس، ثم عاد وقال: أوهمت لأنَّه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط، ولأنَّ المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد، ولا كذلك إذا اختلف المجلس، وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا إذا كان موضع شبهة، فأما إذا لم يكن فلا

محدودون في قذف أو شاربو خمر) أي ولم يتقادم ذكره سعدي وغيره، **(أو قذفة أو شركا المدعي أو أنّه استأجرهم لها بكذا وأعطاهم ذلك مما لي عنده أواني صالحتهم)** أي أرشيتهم **(بكذا ودفعته إليهم على أنْ لا يشهدوا علي فشهدوا)** أي زوراً وأنا أطلب ما دفعته إليهم وإنما قبلت في هذه الصورة لتضمنهما حق الله أو العبد فمست الحاجة إلى إحيائهما **(ومن شهد ولم يبرح)** عن مجلسه **(حتى قال: أوهمت بعض شهادتي)** أي أخطأت فيعم المال وغيره كحد ونسب **(قبل إنْ كان عدلاً)** ظاهره قبول قوله: أوهمت فيقضي بما بقي واختاره السرخسي واقتصر عليه قاضيخان وعزاه للجامع الصغير وظاهر عبارة تنوير الأبصار قبول شهادته بجميع ما شهد به لأنّه صار حقاً للمدعي فلا يبطل بقوله: أوهمت وعليه الفتوى كما في المنح.

(قلت): لكن ظاهر كلام الأكمل وسعدي ترجيح الأول فلا تغفل.

باب الاختلاف

شرط موافقة الشهادة الدعوى فلو ادعى داراً شراء أو إرثاً وشهدا بملك مطلق ردت وفي عكسه تقبل، وكذا شرط اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى فلا تقبل لو شهد أحدهما بألف أو

بأس بإعادة الكلام أصلاً مثل أنْ يدع لفظة الشهادة، وما يجري مجرى ذلك، وإنْ قام عن المجلس بعد أنْ يكون عدلاً، وعن الشيخين أنَّه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلاً والظاهر ما ذكرناه انتهى، وفي الدرر إذا تذكر لفظاً بعدما شهد في شهادته فذكره يقبل إذا لم يكن فيه مناقضة وأطلق في الجامع الصغير والمحيط أنَّه إذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك إذا كان عدلاً، ولم يشترط عدم المناقضة، وأنَّه شرط حسن ذكره الزاهدي.

باب الاختلاف

في الشهادة تأخير الاختلاف في الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الإتفاق أصلاً والاختلاف إنما يعارض الجهل والكذب فأخره وضعاً للتناسب كما في العناية (**شرط موافقة الشهادة الدعوى**) لأنَّها لو خالفتها فقد كذبتها، والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها، والشرط توافقهما في المعنى دون اللفظ حتى لو ادعى المدعي الغصب فشهدا بإقرار المدعي عليه بذلك تقبل كما في أكثر الكتب وما في الوقاية من أنَّه شرط موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى مخالف لما في أكثر الكتب تدبر، ثم فرعه فقال: (**فلو ادعى داراً شراء أو إرثاً وشهدا**) أي الشاهدان (**بملك مطلق ردت**) شهادتهما لأنهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعي لأنَّه ادعى ملكاً حادثاً وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان، فإنَّ الملك في المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث، ويرجع الباعة بعضهم إلى بعض فيه فصارا غيرين (**وفي عكسه**) أي ادعى ملكاً مطلقاً وشهدا بملك بسبب كالشراء أو الإرث (**تقبل**) الشهادة لأنَّهم شهدوا بأقل مما ادعاه فلم تخالف شهادتهما الدعوى للمطابقة معنى (**وكذا شرط**

. . . .

باب الاختلاف

في الشهادة (**شرط موافقة الشهادة الدعوى**) لأنَّ تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبولها لتوفقها على ماطلبتهم بخلاف حقوقه تعالى، هذا هو الأصل، ولنا أصول آخر منها موافقة الشهادتين لفظاً ومعنى، وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط، ومنها أنَّ الشهادة بأكثر من المدعي باطلة بخلاف الأقل للاتفاق فيه، ومنها أنَّ الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوته من الأصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب وسيتضح (**فلو ادعى**) على آخر (**داراً شراء أو إرثاً**) أي بسبب (**وشهدا بملك مطلق**) أي بلا ذكر سبب (**ردت**) لكونها بالأكثر، (**وفي عكسه تقبل**) لكونها بالأقل كما قدمنا (**وكذا شرط اتفاق**

مائة أو طلقة والآخر بألفين أو بمائتين أو بطلقتين أو ثلاث. وعندهما تقبل على الأقل
ولو شهد أحدهما بألف والآخر بألف ومائة والمدعي يدعي الأكثر قبلت على الألف

اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى) لأنَّ القضاء لا يجوز إلاَّ بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقاً والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى، وهذا عند الإمام، وقالا: الإتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن، حتى لو ادعى رجل بمائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين، وآخر بثلاثة وآخر بأربعة، وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم الموافقة لفظاً، وعندهما يقضي بأربعة لاتفاق الشاهدين الأخيرين فيها معنى، ثم فرعه فقال: **(فلا تقبل)** الشهادة **(لو شهد أحدهما بألف أو مائة أو طلقة و)** شهد **(الآخر بألفين أو بمائتين أو بطلقتين أو ثلاث)** عند الإمام لعدم الإتفاق لفظاً ولأنَّ الدلالة على الأقل بالتضمن غير معتبر ألا يرى أنَّه لو شهد أحدهما بأنَّه قال لامرأته أنتِ خلية وشهد الآخر أنَّه قال أنتِ بريئة لا يثبت شيء وإنْ اتفق المعنى كما لو ادعى غصباً أو قتلاً فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به حيث لا تقبل، وكذا في كل قول جمع مع فعل لا تقبل كما لو ادعى عليه ألفاً فشهد أحدهما أنَّه دفع لهذا المدعي عليه ألفاً وشهد الآخر على إقرار المدعي عليه بها لا يجمع لأنَّ هذا قول وفعل وذكروا أنَّه لا يجمع بين القول والفعل كما في المنح **(وعندهما)** والأئمة الثلاثة **(تقبل على الأقل)** أي على الألف أو المائة أو الطلقة عند دعوى الأكثر لاتفاقهما على الأقل معنى من غير قدح، ولو ادعى الأقل لا يثبت شيء عندهم لأنَّ المدعي مكذب لشاهد الأكثر وفي النهاية إنْ كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل كما لو شهد أحدهما على الهبة، والآخر على العطية لأنَّ اللفظ ليس بمقصود في الشهادة، بل المقصود ما صار اللفظ علماً عليه، فإذا وجدت الموافقة في ذلك لا تصير المخالفة فيما سواها، وكذا إذا شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل ذكره في المحيط، ولم يحك فيه خلافاً، وفي البحر تفصيل فليطالع **(ولو شهد أحدهما بألف والآخر بألف ومائة والمدعي يدعي الأكثر)** أي ألفاً ومائة **(قبلت)** شهادتهما **(على الألف اتفاقاً)**

الشاهدين لفظاً ومعنى) بطريق الوضع لا التضمن واكتفيا بالموافقة معنى وبه قالت الثلاثة، ولو قال: أشهد مثل صاحبي تقبل عند العامة. **(قلت)**: وفي منية المفتي وبه يفتي، وفي الفتح وغيره لا يكلف الشاهد إلى بيان الوقت والمكان **(فلا تقبل لو شهد أحدهما بألف أو مائة أو طلقة والآخر بألفين أو بمائتين وبطلقتين أو ثلاث)** لأنَّ الدلالة على الأقل بالتضمن غير معتبر عنده، **(وعندهما تقبل على الأقل)** عند دعوى الأكثر لئلا يكون مكذباً شاهداه في الأكثر فلا يثبت شيء اتفاقاً، نعم لو ادعى ألفين وشهدوا بألف تقبل اتفاقاً لتطابقهما معنى، والصحيح قوله كما في المضمرات لأنَّه إذا لم يثبت الألفان لم يثبت ما في الضمن من الألف. قال القهستاني: والمصنف ضعف قوله وذامنه نهاية سوء الأدب كما لا يخفى. **(قلت)**: لكن ذكر الكمال بن الهمام أنَّ في أوقاف الخصاف مسائل تخالف أصل الإمام فليراجع **(ولو شهد أحدهما بألف والآخر بألف ومائة والمدعي يدعي الأكثر قبلت على الألف اتفاقاً)**

اتفاقاً وكذا مائة ومائة وعشرة وطلقة وطلقة ونصف. ولو شهد بألف أو بقرض ألف، وقال أحدهما قضى منها كذا قبلت على الألف لا على القضاء ما لم يشهد به آخر وينبغي لمن علمه أنْ لا يشهد حتى يقر المدعي به ولو شهدا بقتله زيداً يوم النحر بمكة وآخران بقتله إياه فيه بكوفة ردتا، فإنْ قضي بأحدهما أولاً بطلت الأخيرة ولو شهدا بسرقة بقرة

لاتفاقهما على الألف لفظاً ومعنًى، وقد انفرد أحدهما بألف ومائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه، فيثبت ما اتفقا عليه قيد بدعوى الأكثر لأنَّه لو ادعى الأقل بأن قال لم يكن إلاَّ الألف أو سكت عن دعوى المائة الزائدة لا تقبل لظهور تكذيبه الشاهد في الأكثر إلاَّ إذا ادعى التوفيق بأنْ قال: كان أصل حقي ألفاً ومائة لكن أبرأت المائة عنها أو استوفيت قبلت للتوفيق **(وكذا مائة ومائة وعشرة)** يعني لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائة وعشرة والمدعي يدعي الأكثر تقبل على مائة اتفاقاً **(و)** كذا **(طلقة وطلقة ونصف)** أي شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف تقبل اتفاقاً على طلقة إنْ ادعى الأكثر بخلاف العشرة، وخمسة عشر حيث لا تقبل لأنَّه مركب كالألفين إذ ليس بينهما عطف، وفي البحر شهد أحدهما على خمسة عشر، والآخر على عشرة وخمسة والمدعي يدعي خمسة عشر ينبغي أنْ تقبل **(ولو شهدا بألف أو بقرض ألف، وقال أحدهما)** أي أحد الشاهدين **(قضى منها)** أي من الألف **(كذا)** أي خمسمائة مثلاً **(قبلت)** شهادتهما **(على الألف)** لاتفاقهما على وجوب الألف **(لا)** تقبل **(على القضاء)** لأنَّه شهادة فرد **(ما لم يشهد به)** أي إلاَّ أن يشهد معه **(آخر)**، وعن أبي يوسف أنَّه يقضي بخمسمائة لأنَّ شاهد القضاء مضمون شهادته أنْ لا دين إلاَّ خمسمائة **(وينبغي)** أي يجب **(لمن علمه)** أي علم قضاء بعضه **(أنْ لا يشهد)** بالألف كلها **(حتى يقر المدعي به)** أي بما قبض كي لا يكون معيناً على الظلم **(ولو شهدا بقتله)** أي بقتل شخص **(زيداً يوم النحر بمكة و)** شهد **(آخران بقتله)** أي بقتل ذلك الشخص **(إياه)** أي زيداً **(فيه)** أي في يوم النحر **(بكوفة ردتا)** بالإجماع لأنَّ إحداهما كاذبة بيقين ولا مجال للترجيح، لأنَّ القتل من باب الفعل، والفعل الواحد لا يتكرر، وكذا لو اختلفا في الزمان أو الآلة التي قتل بها ردتا أيضاً قيد بكون المشهود به القتل لأنَّهم لو شهدوا على إقرارهم القاتل بذلك في وقتين أو مكانين تقبل كما في البحر **(فإنْ قضى بإحداهما)** أي بإحدى شهادتين **(أولاً بطلت)** الشهادة **(الأخيرة)** بالإجماع لأنَّ الأولى ترجحت على الأخرى باتصال

. . . .

لتوافقهما على الألف لفظاً ومعنى، ولو ادعى الأقل أو سكت بقي شاهد واحد إلاَّ أنْ يوفق بالاستيفاء أو إبراء ونية التوفيق لا تكفي على الأصح كما في القهستاني عن النهاية، **(وكذا مائة ومائة وعشرة وطلقة وطلقة ونصف)** لما قلنا **(ولو شهدا بألف أو بقرض ألف، وقال أحدهما: قضى منها كذا قبلت على الألف)** لاتفاقهما عليها **(لا)** تقبل **(على القضاء ما لم يشهد به آخر)** وعن أبي يوسف يقضي بخمسمائة **(وينبغي لمن علمه أنْ لا يشهد)** بذلك **(حتى يقر المدعي)** عند تقريره الدعوى **(به)** أي بما قبضه تحرزاً عن الظلم **(ولو شهدا بقتله زيداً يوم النحر بمكة وآخران بقتله إياه فيه بكوفة ردتا)** لكذب أحدهما، ولا

واختلفا في لونها قطع وإن اختلفا في الذكورة والأنوثة لا وعندهما لا يقطع فيهما وفي الغصب لا تقبل اتفاقاً ولو شهد واحد بالشراء أو الكتابة بألف والآخر بألف ومائة ردت،

القضاء بها فلا تنتقض بالثانية (**ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا**) أي الشاهدان (**في لونها**) أي في لون البقرة أطلق اللون فشمل جميع الألوان وهو الصحيح أي قال أحدهما: حمراء، والآخر صفراء أو قال أحدهما سوداء والآخر بيضاء (**قطع**) أي قبلت شهادتهما وقطعت يد السارق عند الإمام لأنَّهما اختلفا فيما ليس في صلب الشهادة، ولذا لو سكتا عن ذكر اللون تقبل شهادتهما مع أنَّ التوفيق ممكن بين اللونين، لأنَّ السرقة تكون في الليالي غالباً ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان أو يجتمعان بأن يكون السواد من جانب، فأحدهما يراه والبياض من جانب، والآخر يراه، وفي الإصلاح ويرد عليه أنَّه احتيال في إيجاب الحد والأصل خلاف ذلك، وما قيل في دفعه أنَّه صيانة للحجة عن التعطيل وإنما يجب الحد ضرورة ضعيف كما لا يخفى، ولو قيل يثبت المال لإمكان التوفيق ويسقط الحد لمكان الشبهة لكان أوفق للأصول وأقرب إلى العقود (**وإن اختلفا في الذكورة والأنوثة**) أي قال أحدهما سرق ذكراً والآخر قال أنثى (**لا**) يقطع اتفاقاً لعدم تطابق الشاهدين في المعنى لاختلافهما في جنسين متباينين (**وعندهما**) وهو قول الأئمة الثلاثة (**لا يقطع فيهما**) أي فيما اختلفا في لونها وفيما اختلفا في الذكورة والأنوثة، لأنَّ البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين، ولم يتم على واحد نصاب الشهادة فصار كالإختلاف في الذكورة والأنوثة، قيل هذا اختلاف فيما إذا ادعى سرقة بقرة فقط من غير تقييد بوصف فإذا ادعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء فاختلف الشاهدان لا تقبل اجماعاً كما لا تقبل عند اختلافهما في المروزي والهروي في سرقة الثوب لأنَّ المدعي كذب أحدهما (**وفي الغصب**) يعني لو شهدا بغصب بقرة واختلفا في لونها (**لا تقبل اتفاقاً**) لأنَّ التحمل فيه بالنهار غالباً على قرب منه فلا يشتبه عليهما، وفي التنوير، وفي العين تقبل (**ولو شهد واحد بالشراء أو الكتابة بألف**) متعلق بهما (**و**) شهد (**الآخر**) بالشراء أو الكتابة (**بألف ومائة ردت**) شهادتهما لأنَّ المقصود إثبات السبب، وهو العقد فالبيع بألف غير البيع بألف ومائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما، ولا فرق بين أن

مرجح (**فإنْ قضى بأحدهما أو لا بطلت الأخيرة**) لترجح الأولى بالقضاء (**ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها**) ولم يذكره المدعي (**قطع وإنْ اختلفا في الذكورة والأنوثة لا**) لإمكان التوفيق في الأول بكونها لوْنين دون الثاني (**وعندهما لا يقطع فيهما**)، قال صدر الشريعة: (**والأظهر قولهما ولهذا لو اختلفا في اللون**) وفي الغصب (**لا تقبل اتفاقاً**)، والفرق للإمام أنَّ الغصب يقع نهاراً فلا يشتبه بخلاف السرقة، ثم هذا كله في دعوى المال.

أما في دعوى العقد فلا تقبل مطلقاً سواء كان المدعي أقل المالين أو أكثرهما كما ذكره بقوله (**ولو شهد واحد بالشراء أو الكتابة والآخر بألف ومائة ردت**) لاختلاف العقد باختلاف البدل. (**قلت**):

وكذا العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع أنْ ادعى العبد والقاتل والراهن والمرأة وإن ادعى الآخر كان كدعوى الدين، والإجارة كالبيع عند أول المدة وكالدين بعدها وفي النكاح تقبل بألف استحساناً ولا فرق فيه بين دعوى الأقل أو الأكثر وقالا

يكون المدعي هو البائع أو المشتري وبين أنْ يدعي أقل المالين أو أكثرهما كما سيجيء وكذا لو اختلفا في مقدار بدل الكتابة لا تقبل شهادتهما لما قررناه **(وكذا العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع إنْ ادعى العبد)** في الصورة الأولى **(والقاتل)** في الثانية **(والراهن)** في الثالثة **(والمرأة)** في الرابعة لأنَّ هؤلاء لا يقصدون إثبات المال بل إثبات العقد وهو مختلف فلا تقبل **(وإن ادعى الآخر)** أي المولى في العتق على مال وولي المقتول في الصلح عن قود والمرتهن في الرهن، والزوج في الخلع بأن يدعي مولى العبد أني اعتقتك على ألف ومائة، وقال العبد: على ألف أو ادعى ولي القصاص صالحتك على ألف ومائة، وقال القاتل: على ألف وكذا الباقيان **(كان كدعوى الدين)** فيما ذكر من الوجوه من أنَّها تقبل على ألف إذا ادعى ألفاً ومائة بالإتفاق وإذا ادعى ألفين لا تقبل عنده خلافاً لهما وإنْ ادعى الأقل من المالين تعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق، والتكذيب والسكوت عنهما لأنَّه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق، فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن إذا كان المدعي هو الراهن لا تقبل لعدم الدعوى لأنَّه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كانت دعواه غير مفيدة، فكانت كأن لم تكن، وإن كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضي بأقل المالين إجماعاً وفي العناية، والدرر كلام فليطالع **(والإجارة كالبيع عند أول المدة)** يعني إذا كانت الدعوى في الإجارة في أول المدة قبل استيفاء المعقود عليه، واختلف الشاهدان لا تقبل كما لا تقبل عند الإختلاف في البيع للحاجة إلى إثبات العقد سواء ادعى الموجر أو المستأجر وسواء كانت الدعوى بأقل المالين أو أكثرهما **(وكالدين بعدها)** أي بعد المدة فثبت ما اتفق عليه الشاهدان، وهو الأقل، أما إذا كان المدعي هو الآجر فإنَّه لا حاجة حينئذ إلى إثبات العقد وأما إنْ كان المستأجر فلأن ذلك منه اعتراف بمال الإجارة فيجب عليه ما اعترف به من غير حاجة إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما، وهذا إنْ ادعى الأكثر وإنْ الأقل، لا تقبل شهادة من شهد بالأكثر لأنَّ المدعي

. . . .

وفيه أنَّهم قد ألحقوا الخط بأصل العقد فيمكن التوفيق بذلك. فلذا نقل في الشرنبلالية عن الظهيرية عن الشهيد قبولها فتنبه، **(وكذا العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع إن ادعى العبد والقاتل والراهن والمرأة)** لف ونشر مرتب لأنَّ مقصودهم إثبات العقد **(وإنْ ادعى الآخر)** كالمولى مثلاً **(كان كدعوى الدين)** لأنَّ مقصودهم المال فتقبل على الأقل إنْ ادعى الأكثر كما مر. **(قلت)**: وما أورده صدر الشريعة إنما نشأ من عدم التفرقة بين ثبوت العقد وزواله، ففي الأول يكون المال تابعاً بخلاف الثاني فتنبه، **(والإجارة كالبيع عند أول المدة وكالدين بعدها)** لو ادعاه المؤجر ولو المستأجر فدعوى عقد اتفاقاً لكن يثبت بدل الإجارة بإقراره **(وفي النكاح تقبل بألف)** مطلقاً **(استحساناً ولا فرق فيه بين دعوى)**

ردت فيه أيضاً ولا بد من الجر في شهادة الإرث بأن يقول الشاهد مات وتركه ميراثاً للمدعي أو مات وهذا ملكه أو في يده خلافاً لأبي يوسف فإن قال: كان هذا الشيء لأب

يكذبه، وفي بعض الشروح فإنْ كانت الدعوى من المستأجر فهو دعوى العقد بالإجماع، وهو في معنى الأول لأنَّ الدعوى إذا كانت في العقد بطلت الشهادة، فيؤخذ المستأجر باعترافه كما في العناية (**وفي النكاح تقبل**) الشهادة (**بألف**) إذا اختلف الشاهدان في قدر المهر بأن شهد أحدهما بالنكاح بالألف والآخر بألف ومائة عند الإمام (**استحساناً**) لأنَّ المال في النكاح تابع ومن حكم التابع أنْ لا يغير الأصل، ولذا لا يبطل بنفيه، ولا يفسد بفساده.

وكذا لا يختلف باختلافه إذا اتفقا على الأصل، وهو الملك والحل فيلزم القضاء به فيبقى المهر مالاً منفرداً وقضى بأقل المالين (**ولا فرق فيه بين دعوى الأقل أو الأكثر**) وهو الصحيح وبين كون الدعوى من الزوج أو الزوجة، وهو الأصح لأن المنظور إليه هو النكاح، وهو لا يختلف باختلاف المهر لكونه غير مقصود فلزوم إكذاب شاهد الأكثر عند دعوى الأقل لا يضر في ثبوت النكاح، وقيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية فإنْ كان المدعي هو الزوج لا تقبل إجماعاً (**وقالا**) وهو قول الأئمة الثلاثة (**ردت**) الشهادة (**فيه**) أي في النكاح (**أيضاً**) أي كما في البيع ولا يقضي بشيء لأنَّ المقصود من الجانبين إثبات السبب، إذ النكاح بألف غير النكاح بألف ومائة، وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول الإمام فالعمل بالاستحسان أولى وفي الشمني وغيره، ولو اختلف الشاهدان في الزمان والمكان، في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين، والقرض والبراءة والكفالة والحوالة، والقذف تقبل ولو اختلفا في الجناية والغصب والقتل، والنكاح لا تقبل، وفي البحر تفصيل فليراجع (**ولا بد من الجر في شهادة الإرث**) يعني إذا ادعى الوارث عيناً في يد إنسان أنها ميراث أبيه وشهدا أنَّ هذه كانت لأبيه لا يقضي له حتى يجر الميراث حقيقة (**بأن يقول الشاهد مات وتركه ميراثاً للمدعي**) أو حكماً كما أشار إليه بقوله (**أو مات وهذا ملكه أو في يده**) وتصرفه أما إنْ قال أنَّه كان لابنه لا تقبل شهادته لعدم الجر حقيقة وحكماً هذا عند الطرفين (**خلافاً لأبي يوسف**) فإنه قال تقبل شهادته بلا أجر لأنَّ ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه به فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث ولهما أنَّ ملك

. . . .

الزوج أو الزوجة (**الأقل أو الأكثر**) هو الأصح (**وقالا ردت فيه أيضاً**) وهو القياس. وجه الاستحسان أنَّ اختلافهما في التبع وهو لا يغير الأصل، وقيل: يرجع لمهر المثل، (**ولا بد**) للقبول (**من الجر في شهادة الإرث**) والجر أما حقيقة (**بأن يقول الشاهد: مات وتركه ميراثاً للمدعي أو**) حكماً بأن يقول (**مات و**) الحال أنَّ (**هذا ملكه أو في يده**) وتصرفه عند موته أو في يد من يقوم مقامه كالمستعير كما يأتي لثبوت الجر ضرورة ثبوت الملك (**خلافاً لأبي يوسف**) فلا يشترط الجر، (**فإن قال**) الشاهدان (**كان هذا الشيء**

المدعي أعاره من ذي اليد أو أودعه إياه قبلت بلا جر وإن شهدا أنَّ هذا الشيء كان في يد المدعي منذ كذا ردت وإن شهدا أنَّه كان ملكه قبلت ولو أقرَّ المدعي عليه أنَّه كان في يد المدعي أمر بالدفع إليه، وكذا لو شهدا بإقراره بذلك.

الوارث يتجدد في الأعيان وإنْ لم يتجدد في حق الديون ولهذا يجب الاستبراء على الوارث في الجارية المورثة، ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير، والمتجدد يحتاج إلى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً لكن يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث، وقت الموت لثبوت الإنتقال حينئذ ضرورة، وكذا الشهادة على قيام يده لأنَّ الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت أنْ يسوي أسبابه، ويبين ما كان من الودائع والغصوب، فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أنَّ ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك كما في العناية، والدرر، وقال صاحب المنح: ولا بد من الجر المذكور من بيان سبب الوراثة وإذا شهدوا أنَّه أخوه فلا بد من بيان أنَّه أخوه لأبيه وأمه أو لأحدهما ولا بد من قول الشاهد لا وارث له غيره، ولو قال لا وارث له بأرض كذا تقبل عنده خلافاً لهما وذكر اسم الميت ليس بشرط حتى لو شهدوا أنَّه جده أبو أبيه ووارثه، ولم يسم الميت تقبل بدون اسم الميت **(فإنْ قال)** الشاهد **(كان هذا الشيء لأب المدعي أعاره من ذي اليد أو أودعه إياه قبلت)** الشهادة **(بلا جر)** لأنَّ يد المستعير، والمودع والمستأجر يد الميت فصار كأنَّه شهد بأن أباه مات والمنزل في يده **(وإن شهدا أنَّ هذا الشيء كان في يد المدعي منذ كذا)** والحال أنَّه ليس في يده عند الدعوى **(ردت)** شهادتهما وعند أبي يوسف أنها تقبل لأنَّ اليد مقصودة كالملك **(وإن شهدا أنَّه كان ملكه قبلت)** فكذا هذا، وصار كما لو شهدا بالأخذ من المدعي والوجه الظاهر، وهو قول الطرفين إلا الشهادة قامت بمجهول فإنَّ اليد متنوعة إلى يد ملك وأمانة وضمان، فلا يملك القضاء بالشك بخلاف الأخذ لأنَّه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد وبخلاف الملك لأنَّه معلوم غير مختلف، وعن هذا قال وإنْ شهدا أنَّه كان ملكه قبلت شهادتهما لما مر **(ولو أقرَّ المدعي عليه أنَّه كان في يد المدعي أمر بالدفع إليه)** أي إلى المدعي لأنَّ الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار **(وكذا)** يؤمر بدفعه **(لو شهدا بإقراره)** أي إقرار المدعي عليه **(بذلك)** أي بأنه كان في يد المدعي لأنَّ الإقرار معلوم فتصح الشهادة به.

لأب المدعي أعاره من ذي اليد أو أودعه) إياه أو اجره أو غصبه **(قبلت بلا أجر)** صريحاً لما قدمنا ولا بد مع الجر من بيان سبب الوراثة وأنَّه أخوه لأبيه وأمه أو لأحدهما، مثلاً وقول الشاهد لا وارث له غيره وإنْ يدرك الشاهد الميت وإلاَّ فباطلة لعدم معاينة السبب.

وأما ذكر اسم الميت فليس بشرط **(وإن شهد أنَّ هذا الشيء كان في يد المدعي)** سواء قال **(منذ كذا)** كشهر مثلاً أو لا **(ردت)** لقيامهما بمجهول، لتنوع اليد العارية وغيرها **(و)** لهذا **(إنْ شهدا أنَّ هذا كان في ملكه قبلت)** لما قلنا **(ولو أقر المدعي عليه أنَّه كان في يد المدعي أمر بالدفع إليه وكذا لو شهدا بإقراره بذلك)** عملاً بالإقرار، وكذا لو أقرَّ أنه كان بيد المدعي بغير حق كان إقرار له باليد به يفتي.

باب الشهادة على الشهادة

تقبل في غير حد وقود وإنْ تكررت وشرط لها تعذر حضور الأصل بموت أو

باب الشهادة على الشهادة

لا يخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الأصول (تقبل) الشهادة على الشهادة استحساناً في جميع الحقوق كالأموال والوقف على الصحيح إحياءً له وصوناً عن اندراسه والتعزير كما في البحر، وفي الاختيار هذا رواية عن أبي يوسف، وعن الإمام أنَّها لا تقبل، وقضاء القاضي وكتابه كما في الخانية (في غير حد وقود وإنْ) وصلية (تكررت) مرتين أو مرات أي تجوز في

فروع

في تعارض البينات لو تعارضت بينتا موته من الجراح أو بعد البرء، وبينتا أنَّه لم يجرحني أو قد جرحني وبينتا الغبن أو بمثل الثمن، والإكراه أو الصوع والبيع أو الرهن وبيع الوفاء أو البات، والفساد أو الصحة، وكون المتصرف ذا عقل أو مجنوناً أو مخلوطاً أو صغيراً وإجازتها النكاح أو هي على رده ورده أو هو على إجازتها وإبراؤها زوجها من المهر بشرط متعارف أو بغير شرط، وإبراؤها زوجها في صحتها أو في مرضها وإقراره لوارثه في صحته أو في مرضه، والراهن أو المرتهن في قيمة الرهن ووجود الشرط أو عدمه وموت المبيع في يد البائع أو المشتري ولو أرخا فالأسبق وقسمة الربح في المضاربة بعد قبض رأس المال أو قبله، وإلاَّ فالقول لرب المال وبيع الوصي، وطلاق الوكيل أو إعتاقه قبل عزله أو بعده، وأنَّ هذه الدار كانت لأمنا فورثناها منها أو لأبينا فورثناها منه، والخارج على الوقف عليه مطلقاً أو على ملك مطلق، والبيع أو الوقف مسجلاً أي بلا تعيين الواقف وإلا فبينة الوقف لأنَّه يصير مقضياً عليه فيلزم التعيين كبينة الملك مع بينة العتق واليسار والإعسار والقرض، أو المضاربة أو الأمانة أو الشراء، وقدم البناء أو حدوثه وحدوث الكنيف أو قدمه وولاء الموالاة أو العتاقة إذا ادعى الغلام، وأخر بينتي ولاء الموالاة، واسبق بينتي ولاء العتق ورب السلم أو المسلم إليه في نحو قدر وجنس وصفة لا في أخذ رأس المال في الحال أو بعد الأجل وأنَّه غبن أو فحل وأنَّ البلدة فتحت عنوة أو صلحاً، والإقالة أو البيع ببطلان بينة البيع بالإقرار مدعي الإقالة كبينة أنَّه أبرأه من الدين وذلك يدعيه أو أبرأته من المهر الذي تدعيه وهي تدعيه لبطلانه بالإقرار فليحفظ هذا الأصل الأصيل. (قلت): ففي هذه النيف والأربعين صورة البينة الأولى أولى وتمامه في كتاب ترجيح البينات للفاضل غانم البغدادي، وقد لخصته في مؤلف خاص تلخيصاً حسناً فعليك به.

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من شهادة الأصل شرع في شهادة الفرع فقال (تقبل) استحساناً لا قياساً لأنَّها عبادة بدنية لا تجريء فيها النيابة، لكن أجمعوا على جوازها للحاجة في كل حق على الصحيح حتى التعزير كما في البحر عن التجنيس، وجعله في الاختيار عن أبي يوسف، واستدل له بأنَّه عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً بالتهمة والحبس تعزير (في غير) موجب (حد وقود) لسقوطهما بالشبهة بخلاف التعزير واستيفاء

مرض أو سفر وأنْ يشهد عن كل أصل اثنان لا تغاير فرعي الشاهدين وصفتها أن يقول

درجات ثم فثم كما تجوز في درجة وكان القياس أنْ لا تجوز لأنَّ الشهادة عبادة بدنية، والنيابة لا تجري فيها وجه الاستحسان أنَّ الحاجة ماسة إليها إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض فلو لم تجز لأدى إلى اتواء الحقوق، ولهذا جوزت وإنْ كثرت أي، وإنْ تعددت إلاَّ أنَّ فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث أنَّ فيها زيادة احتمال، وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندريء بالشبهات كالحدود والقصاص وعند الأئمة الثلاثة تقبل فيما يسقط بها أيضاً **(وشرط لها)** أي لهذه الشهادة **(تعذر حضور الأصل)** أي أصل الشاهد على القضية لأدائها بأحد من الأشباب الثلاثة **(بموت)** أي بموت الأصل كما في الهداية وغيرها لكن في القهستاني نقلاً عن النهاية أنَّ الأصل إذا مات لا تقبل شهادة فرعه فيشترط حياة الأصل **(أو مرض)** أي يكون مريضاً مرضاً لا يستطيع به حضور مجلس القاضي، وفيه إشعار بأنها تقبل إذا كان الأصل محدرة وهي التي لا تخالط الرجال ولو خرجت لقضاء الحاجة أو للحمام كما في القنية، وكذا إذا حبس الأصل في سجن الوالي.

وأما في سجن القاضي ففيه خلاف كما في السراج فعلى هذا إنَّ ذكر الثلاثة ليس بحصر **(أو صفر)** شرعي في ظاهر الرواية، وعليه الفتوى لأنَّ جوازها عند الحاجة، وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز بلا مرية، فلو كان الفرع بحيث لو حضر الأصل مجلس الحكم أمكنه البيتوتة في منزله لم تقبل، وعند أكثر المشائخ وهو قول الأئمة الثلاثة تقبل، وعليه الفتوى، كما في السراجية والمضمرات قالوا الأول أحسن والثاني أرفع، وعن محمد أنَّه يجوز كيف ما كان، ولو كان الأصل في المصر **(و)** شرط **(أنْ يشهد عن كل أصل**

. . . .

الحدود لعدم سقوطهما بها فتقبل على شهادة شاهدين بأنَّ قاضي بلد كذا حد فلاناً بالقذف، ذكر البرجندي معزياً للمبسوط لأنَّه لا يوجب حداً عليه **(وإن تكررت)** وكثرت ولو لأحدهما لأنَّ البدلية عن الذي لم يحضر كما في الزيلعي وغيره، نعم لم تجز شهادة أحدهما عن الآخر للزوم اجتماع الأصل والبدل كما في البرجندي عن الخلاصة **(وشرط لها تعذر حضور الأصل)** عند الشهادة **(بموت)** أي بموت الأصل كما في الهداية وغيرها، لكن في قضاء النهاية عن قاضيخان أنَّ الأصل إذا مات لا تقبل شهادة فرعه فتشترط حياة الأصل. ذكره القهستاني. (قلت): وتعقبه بعضهم بأنَّه خطأ وأنَّ قاضيخان وغيره ذكره هنا كغيره فأصاب وخالف ثمة فأخطأ، انتهى، لكن نقل البرجندي عن الخلاصة، والقهستاني عن الخزانة.

وكذا في البحر والمنح والسراج وغيرها أنَّه متى خرج الأصل عن أهلية الشهادة بأن خرس أو فسق أو عمى أو جن أو ارتد بطل الشهاد انتهى فتنبه **(أو مرض)** مرضاً لا يأتي معه مجلس الحكم فأفاد أنَّ المرأة المخدرة والمحبوس في سجن الوالي كذلك.

وأما في سجن القاضي فقولان كما في القهستاني عن المحيط. (قلت): في وكالة المنح أنَّ من

الأصل أشهد على شهادتي أني أشهد بكذا ويقول الفرع عند الأداء أشهد إنَّ فلاناً أشهدني على شهادته بكذا، وقال لي أشهد على شهادتي به ويصح تعديل الفرع أصله وأحد

إثنان) لأنَّ شهادة واحد على شهادة واحد ليس بحجة خلافاً لمالك **(لا)** يشترط **(تغاير فرعي الشاهدين)** بل يكفي الفرعان للأصلين فلو شهد رجلان على شهادة أصل واحد، ثم شهد هذان الشاهدان على شهادة أصل آخر في حادثة واحدة تقبل عندنا لقول علي رضي الله تعالى عنه: «لا تجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين» ذكره مطلقاً من غير تقييد بالتغاير، ولم يرو غيره خلافه فحل محل الإجماع، خلافاً للشافعي بل لا بد عنده أنْ يكون شهود الفرع أربعة لأنَّ كل فرعين قاما مقام أصل واحد فصارا كالمرأتين، وذكر في الكنز أنْ شهد رجلان على شهادة شاهدين انتهى، وظاهره أن يكون ذلك شرطاً فلا تقبل شهادة النساء على الشهادة كما قاله المقدسي في الحاوي وليس كذلك، بل هو سهو وما وقع في الكنز إتفاقي لأنَّه يجوز أنْ يشهد عليها رجل وامرأتان لتمام النصاب. وكذا لا يشترط أنْ يكون المشهود على شهادته رجلاً لأنَّ للمرأة أيضاً أنْ تشهد على شهادتها رجلين أو رجلاً وامرأتين ويشترط أنْ يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة كما في التبيين وغيره **(وصفتها)** أي الشهادة على الشهادة **(أن يقول)** الشاهد **(الأصل)** أي أصل كل من الفريقين عند التحميل مخاطباً للفرع **(أشهد)** عند الحاجة أمر من الثلاثي فلو أشهد رجلاً وهناك رجل يسمعه لم يجز له أن يشهد **(على شهادتي)** فلو لم يذكره لم يجز خلافاً لأبي يوسف، فإنَّه معلوم كما في المحيط **(أني أشهد بكذا)** أي بأن فلان بن فلان بن فلان أقر عندي له بألف درهم، والجملة بدل من المجرور قيد بقوله على شهادتي لأنَّه لو قال: أشهد علي بذلك، لم تجز له الشهادة، وقيد بعلي لأنَّه لو قال بشهادتي، لم تجز له كما في التبيين قيد بالشهادة على الشهادة لأنَّ الشهادة بقضاء القاضي صحيحه وإنْ لم يشهدهما القاضي عليه، وذكر في الخلاصة اختلافاً بين الإمام وأبي يوسف فيما إذا سمعاه في غير مجلس القضاء وأشار بعدم اشتراط قوله إلى أنَّ سكوت الفرع عند تحمله يكفي لكنْ، لو قال: **لا قبل** ينبغي أنْ لا يصير شاهداً كما في القنية، ولا ينبغي أنْ يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل

. . . .

غير قاضي الخصومة فكذلك، وفيها معزياً للقنية لا يجوز للسلطان والأمير الاشهاد على شهادتهما فليحفظ **(أو سفر)** شرعي على الظاهر وعليه الفتوى، واكتفى الثاني بعيبه بحيث تتعذر بيتوتة بأهله. **(قلت)**: واستحسنه أكثر المشائخ وعليه الفتوى كما في المضمرات ونقله في المنح عن السراجية وأقره، قال: وجوزه محمد كيف ما كان ولو الأصل في زاوية المسجد، **(و)** شرط أيضاً **(أن يشهد عن كل أصل)** ولو امرأة (اثنان(كما في الكنز والجمع. **(قلت)**: فتوهم في الحاوي القدسي أنَّه قيد احترازي، وهو غلط. والصواب اعتبار النصاب من رجلين أو رجل وامرأتين ولو على كل امرأة كما ذكره الزيلعي وغيره فليحفظ، **(لا)** يشترط **(تغاير فرعي الشاهدين)** خلافاً للشافعي **(وصفتها أنْ يقول الأصل)** مخاطباً للفرع ولو ابنه **(أشهد على شهادتي أشهد بكذا)** ويكفي سكوت الفرع ولو رده ارتد كما

الشاهدين الآخر فإن سكت عنه جاز ونظر في حاله وإن ثبتت عدالته تقبل عند أبي يوسف وقال محمد ترد شهادته وتبطل شهادة الفرع بإنكار الأصل الشهادة وإنْ شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا أخبرانا إنهما يعرفانها وجاء المدعي بامرأة لم

عنده (ويقول) الشاهد (الفرع عند الأداء أشهد) على صيغة المتكلم (أنَّ فلاناً أشهدني) ماضٍ من الأفعال (على شهادته بكذا، وقال لي أشهد) أمر من الثلاثي (على شهادتي به) أي بكذا لأنَّه لا بد من شهادة الفرع، وذكر الفرع شهادة الأصل، وذكر التحميل ولها لفظ أطول من هذا بأن يقول الأصل أشهد بكذا أو أنا أشهدك على شهادتي فاشهد على شهادتي، ويقول الفرع عند القاضي وقت أدائه أشهد أنَّ فلاناً يشهد أنَّ لفلان على فلان، كذا، وأشهدني على شهادته، وأمرني بأن أشهد على شهادته أنا أشهد على شهادته، أو أقصر منه بأنْ يقول الأصل: أشهد على شهادتي بكذا، ويقول الفرع: أشهد على شهادة فلان بكذا، ذكره محمد في السير الكبير، وهو مختار الفقيه أبي جعفر وأبي الليث، والإمام السرخسي، وهو أسهل وأيسر لكن المصنف اختار الأوسط لما قالوا: خير الأمور أوساطها (ويصح تعديل الفرع أصله) وهذا ظاهر الرواية، وهو الصحيح كما في البحر، لأنَّ الفرع ناقل عبارة الأصيل إلى مجلس القاضي فبالنقل ينتهي حكم النيابة، فيصير أجنبياً، فيصح تعديله، والمراد أنَّ الفروع معروفون بالعدالة عند القاضي فعدلوا الأصول، وإنْ يعرفهم بها فلا بد من تعديلهم تعديل أصولهم كما في المنح، وفيه إيماء إلى أنَّه يجب أنْ يكون الأصل عدلاً فلو خرس أو فسق أو عمي أو ارتد لم تقبل شهادة فرعه، كما في الخزانة وإلى أنَّه لو غاب كذا سنة ولم يعلم بقاؤه على عدالته قبلت شهادة فرعه إنْ كان الأصل رجلاً مشهوراً كما في الذخيرة (و) يصح تعديل (أحد الشاهدين) الفرعين الذين هو عدل عند القاضي الفرع (الآخر) الذي لم تعلم عدالته لأنَّه من أهل التزكية، وقيل لا تقبل لأنَّه إنما يعدل ليصير مقبول الشهادة وهي منفعة لنفسه فيتهم، ولا يخفى أنَّه مغن عن السابق وشامل لتعديل الأصل فرعه إذا حضر، وقد صح ذلك كما في القهستاني (فإن سكت) أي الفرع (عنه) أي عن تعديل الأصل (جاز ونظر) أي نظر القاضي (في حاله) أي حال الأصل كما لو حضر

في القنية، ولا ينبغي أنْ يشهد على شهادة من ليس بعدل عنده كما في الحاوي. (ويقول الفرع عند الأداء أشهد أنَّ فلاناً أشهدني على شهادته بكذا، وقال لي: أشهد على شهادتي به) فيحتاج الإشهاد في العربي والفارسي إلى ثلاث شينات وكافات والأداء فيها إلى خمس منهما. (قلت): والأحسن الأقصر قول أبي جعفر: أشهد على شهادتي بكذا، ويقول الفرع: أشهد على شهادته بكذا، وعليه فتوى الإمام السرخسي تبعاً للسير الكبير وهو الأصح كما في الزاهدي فيحتاج الإشهاد والأداء إلى شيئين أو كافين ذكره القهستاني (ويصح تعديل الفرع) الذي هو عدل عند القاضي (أصله) الذي لم تعلم عدالته، ومفاده لزوم كونه عدلاً فلو خرس أو فسق لم تقبل شهادة فرعه كما مر، نعم لو غاب سنة، ولم يعلم بقاؤه على عدالته قبل شهادة فرعه أن أصله رجلاً مشهوراً، كما في القهستاني عن الذخيرة (و) تعديل (أحد الشاهدين الآخر) في الأصح لأنَّ العدل لا يتهم بمثله (فإن سكت) الفرع (عنه جاز ونظر) القاضي (في

يدريا إنها هيَّ أم لا قيل له هات شاهدين أنَّها هيّ وكذا في نقل الشهادة فإنْ قالا فيهما التميمة لا يجوز حتى ينسباها إلى فخذها والتعريف يتم بذكر الجد أو بنسبة خاصة، والنسبة إلى المصر أو المحلة الكبيرة عامة، وإلى السكة الصغيرة خاصة.

الأصل بنفسه ويسأل عن عدالة الأصل غير الفرع لكون الأصل مستوراً **(وإن ثبتت عدالته تقبل)** شهادة فرعه **(عند أبي يوسف)** وهو المختار لأنَّ الواجب على الفرع وهو النقل لا التعديل إذ يخفى عليه عدالته **(وقال محمد ترد شهادته)** لأنَّه لا شهادة إلاَّ بالعدالة، وإذا لم يعرف الفرع عدالة الأصل لا يجوز نقله فترد شهادة الفرع على شهادته **(وتبطل شهادة الفرع)** قبل الحكم **(بإنكار الأصل الشهادة)** أي الإشهاد بأنْ قالوا: لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا، أو غابوا ثم شهد الفروع لم تقبل، لأنَّ التحمل لم يثبت للتعارض بين الخبرين، وتقرر الأصل على شهادته شرط لصحتها بخلاف ما لو أشهده، على شهادته، ثم نهاه عنها لمْ يصح نهيه كما في التنوير قيد بالإنكار، لأنه لو سئل فسكت، لم يبطل الإشهاد، وقيدنا بقبل الحكم لأنه لو أنكر بعدم الحكم لم تبطل لما قال يعقوب باشا في حاشيته: ومراده من بطلان شهادة الفروع عد قبولها.

وأما الحكم الواقع قبل الإنكار فلا يبطل **(وإنْ شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية)** أنَّها أقرت لفلان بكذا **(وقالا)** أي الفرعان **(أخبرانا)** أي الأصلان **(أنهما يعرفانها)** أي الفلانة **(وجاء المدعي بامرأة)** منكرة **(لم يدريا)** **الفرعان** **(أنها)** أي هذه الإمرأة **(هي)** أي الفلانة **(أم لا قيل له)** أي قال القاضي للمدعي: قد ثبت لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية، وهذا لأنَّهما نقلا كلام الأصول كما تحملا، وقولهما: لا ندري أهي هذه أم لا لا يوجب جرحاً في الشهادة لأنَّهما لم يعرفا فقد عرفها الأصول إلاَّ أنَّها غير تامة لكونها عامة إذ عددهم لا يحصى، ولذا قال له **(هات شاهدين أنَّها هي)** لأنَّ التعريف بالنسبة، قد تحقق بشهادتهما، والمدعي

. . . .

حاله **وإنْ شئت عدالته تقبل)** وهذا **(عند أبي يوسف، وقال محمد: ترد شهادته)** وعنه أنَّه لا يكون جرحاً ومثل السكون قوله لا أعرف أعدل أم لا هو الصحيح.

كذا في شرح المجمع والشرنبلالية لأنَّ الأصل يبقى مستوراً فيسئل عنه وسوى القهستاني بين ليس بعدل ولا أعرفه في القبول على قول الثاني، وأنه الصحيح على قول الحلواني وعزاه للمحيط فليحرر. وأما ذكر أسماء الأصول وأسماء آباءهم وأجدادهم فواجب وإلاَّ كانت مجازفة ذكره البرجندي وغيره (و) اعلم أنَّه **(تبطل شهادة الفرع)** بأمور بخروج أصله عن أهليتها كخرس كما مر وبنهيهم عن الشهادة على الأظهر كما في المنح عن الخلاصة، لكن جزم في متنه بخلافه، وظاهر القهستاني ترجيحه **(بإنكار الأصل الشهادة)** أو الإشهاد أو قولهم أشهدناهم وغلطنا، ولو سئلوا فسكتوا قبلت كما في الخلاصة، ومفاده أنَّ حضور الأصل لا يبطل شهادة الفرع وفيه خلاف كما في حضوره بعد القضاء ببقاء على أنَّ القضاء بشهادة الأصل أو الفرع كما في قضاء المنية **(وإن شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا: أخبرانا)** أي الأصلان **(أنهما يعرفانها وجاء المدعي بامرأة لم يدريا)** أي الفرعان **(أنها هي أم لا قيل له هات شاهدين)** آخرين **(أنها هي)** ولو مقرة وهذا من قبيل شهادة قاصرة يتمها

باب الرجوع عن الشهادة

لا يصح الرجوع عنها إلاَّ عند قاضٍ، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما عند غيره لا

يدعي أنَّ تلك النسبة للحاضرة، وهي منكرة، فلا بد من إثبات أنَّها لها **(وكذا في نقل الشهادة)** وهو كتاب القاضي إلى القاضي، لأنَّه في معنى الشهادة على الشهادة، إلاَّ أنّ القاضي لكمال ديانته، ووفور ولايته ينفرد بالنقل، وإنما صورها في المرأة مع أنَّ الحكم كذلك في الرجل لغلبة عدم المعرفة في المرأة **(فإن قالا)** أي الشاهدان **(فيهما)** أي في الشهادة، والنقل فلانة بنت فلان **(التميمة لا يجوز)** قولهما لأنَّ مثل هذه النسبة غير تامة في التعريف، لكونها عامة مع كونها في امرأة **(حتى ينسباها إلى فخذها)** وهي القبيلة الخاصة، يعني عند عدم ذكر الجد وهذا لأنَّ التعريف لا بد منه في هذا، ولا يحصل بالنسبة العامة كالنسبة إلى بني تميم فقط، لأنَّهم قبائل كثيرون لا يحصى عددهم، ولا يحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنَّها خاصة **(والتعريف يتم بذكر الجد)** والفخذ **(أو بنسبة خاصة)** ثم بينها بقوله **(والنسبة إلى المصر أو المحلة الكبيرة عامة، وإلى السكة الصغيرة خاصة)** وفي البحر، والحاصل أنَّ التعريف بالإشارة إلى الحاضر وفي الغائب لا بد من ذكر الاسم والنسب والنسبة إلى الباب لا تكفي عند الطرفين، ولا بد من ذكر الجد خلافاً للثاني فإنْ لم ينسب إلى الجد، ونسبه إلى الأب الأعلى كتميمي أو نجاري أو إلى الحرفة لا إلى القبيلة، والجد لا تكفي عند الإمام، وعندهما أنَّ معروفاً بالصناعة تكفي، وأنَّ نسبها إلى زوجها تكفي، والمقصود الإعلام وتمامه فيه فليطالع.

باب الرجوع عن الشهادة

وجه المناسبة لما قبله، وتأخيره عنه ظاهر، لأنَّ الرجوع عن الشهادة يقتضي سبق وجودها، وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأنَّ فيه خلاصاً عن عقاب الكبيرة، وترجم بالباب

. . . .

غيرهم **(وكذا)** الحكم **(في نقل الشهادة)** فلو جاء المدعي برجل لم يعرفانه كلف إثبات أنَّه هو ولو مقراً لاحتمال التزوير **(فإن قالا فيهما)** أي الشهادة، والنقل **(التميمية لا يجوز حتى ينسباها إلى فخذها)** كجدها ويكفي نسبتها لزوجها لما يأتي **(والتعريف يتم بذكر الجد)** والفخذ **(أو بنسبة خاصة والنسبة إلى المصر أو إلى المحلة الكبيرة عامة، وإلى السكة الصغيرة خاصة)** والمقصود الإعلام. **(فرع)**: كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء الكافر على كافر، وتقبل شهادة رجل على شهادة أبيه وعلى قضاء أبيه في الصحيح خلافاً للملتقط، ولعله قول محمد: كما في البرجندي.

باب الرجوع عن الشهادة

ترجم له بالباب تبعاً للكنز لا بالكتاب كالهداية إذ ليس له أبواب وهو وإنْ كان رفعاً للشهادة لكنه

يحلفان ولا يقبل برهانه عليه بخلاف ما لو ادعى وقوعه عند قاضٍ وتضمينه إياهما فإن رجعا قبل الحكم لا يحكم وإن بعده لا ينقض وضمناً ما أتلفاه بها إذا قبض المدعي

تبعاً للكنز مخالفاً للهداية إذ ليس له أبواب متعددة، وهو وإنْ كان رفعاً للشهادة لكنه داخل تحتها كدخول النواقض في الطهارة، وقيل ركنه قول الشاهد: رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت به أو كذبت في شهادتي، فلو أنكرها لم يكن رجوعاً، وشرطه أنْ يكون عند القاضي، وعند هذا قال: **(لا يصح الرجوع عنها)** أي عن الشهادة **(إلاّ عند قاضٍ)** سواء كان هذا القاضي الأول أو غيره، لأنَّ الشهادة تختص بمجلسه، فيختص الرجوع بما تختص به الشهادة، وهو مجلس القاضي **(فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما)** أي رجوع الشاهدين **(عند غيره)** أي عند غير القاضي **(لا يحلفان)** أي رجوع الشاهدين **(عند غيره)** أي عند غير القاضي **(لا يحلفان)** أي الشاهدان، إذا أراد المشهود عليه التحليف **(ولا يقبل برهانه)** أي برهان المشهود عليه **(عليه)** أي على رجوعهما لأنَّه ادعى رجوعاً باطلاً **(بخلاف ما لو ادعى)** أي المشهود عليها **(وقوعه)** أي وقوع الرجوع **(عند قاضٍ)** آخر غير الذي كان قضى بالحق **(وتضمينه)** عطف على قوله وقوعه، أي تضمين القاضي المال **(إياهما)** أي الشاهدين، وأقام بينة تقبل بينته، ويحلفان إنْ أنكرا، لأنَّ السبب صحيح، كما لو أقرَّ عند القاضي أنَّه رجع عند غير القاضي فإنَّه صحيح، وإنْ أقرَّ برجوع بطل لأنَّه يجعل إنشاء للحال كما في المنح، وفي المحيط، ولو ادعى رجوعهما عند القاضي، ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة، ولا يحلف عليه لأنَّ الرجوع لا يصح، ولا يصير موجباً للضمان إلاَّ باتصال القضاء **(فإن رجعا)** أي الشاهدان عن الشهادة **(قبل الحكم لا يحكم)** القاضي بشهادتهما إذ لا قضاء بكلام متناقض، ولا ضمان عليهما لعدم الإتلاف لكن يعزر الشاهد، وإطلاقه شامل لما لو رجعا عن بعضها كما لو شهدا

. . . .

داخل تحتها كدخول النواقض في الطهارة **(لا يصح الرجوع عنها إلاّ عند قاضٍ)** ولو غير الأول لأنَّه فسخ أو توبة وهي بحسب الجناية لحديث معاذ رضي الله تعالى عنه إذا عملت ذنباً فأحدث توبة السر بالسر، والعلانية بالعلانية وركنه قوله: رجعت عما شهدت به، ونحوه أو شهدت بزور فلا يثبت الرجوع ببينة أو بيمين أو إقرار إلاَّ إذا جعل لإنشاء الرجوع كما أفاده بقوله: **(فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما عند غيره لا يحلفان ولا يقبل برهانه عليه)** لفساد الدعوى **(بخلاف ما لو ادعى وقوعه عند قاضٍ، وتضمينه إياها)** المال حيث تقبل لصحة السبب.

وكذا لو برهن أنهما أقرا برجوعهما عند غير القاضي يقبل وإنْ أقرا برجوع باطل لأنَّه يجعل إنشاء للحال وأفاد بتضمينه توقف صحة الرجوع على القضاء به، أو بالضمان والرد على من استبعده وإنْ كان بعض المتأخرين قلده **(فإن رجعا)** عنها كلها أو بعضها **(قبل الحكم)** بها سقطت وحينئذ **(لا يجوز)** أنْ **(يحكم)** بها، وعزرا لفسقهما ولا ضمان **(وإنْ)** رجعا **(بعده لا ينقض)** الحكم مطلقاً لترجحه بالقضاء

مدعاه ديناً كان أو عيناً فإنّ رجع أحدهما ضمن نصفا والعبرة لمن بقيَّ لا لمن رجع، فإن

بدار وبناءها، أو بإتان وولدها، ثم رجعا في البناء، والولد لم يحكم بالأصل، لأنَّ الشاهد فسق نفسه، وشهادة الفاسق ترد كما في جامع الفصولين **(وإن)** رجعا **(بعده)** أي بعد الحكم **(لا ينقض)** القاضي حكمه لأنَّ الكلام الأول قد تأكد بالقضاء، فلا يناقضه الثاني وإطلاقه شامل لما إذا كان الشاهد، وقت الرجوع مثل ما شهد في العدالة أو دونه أو أفضل منه كما في أكثر المعتبرات، لكن في خزانة المفتيين معزياً إلى المحيط إنْ كان الرجوع بعد القضاء ينظر إلى حال الراجع فإنْ كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة صح برجوعه في حق نفسه، وفي حق غيره حتى وجب عليه التعزير، وينقض القضاء، ويرد المال على المشهود عليه وإنْ كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة، في العدالة أو دونه وجب عليه التعزير، ولا ينقض القضاء ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، ولا يجب الضمان على الشاهد، انتهى، قال صاحب البحر، وهو غير صحيح عند أهل المذهب، لمخالفة ما نقلوه من وجوب الضمان على الشاهد إذا رجع بعد الحكم، وفي هذا التفصيل عدم تضمينه مطلقاً مع أنَّه في نقله مناقض لأنَّه قال أول الباب بالضمان موافقاً للمذهب انتهى لكن في الخلاصة مثل ما في الخزانة لكنَّه قال: وهذا قول الإمام الأول، وهو قول إسناده جاد، ثم رجع عن هذا القول، وقال: لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال حتى لا ينقض القضاء، ولا يرد به على المشهود عليه، وهو قولهما انتهى فعلى هذا ما قاله صاحب البحر من أنَّه غير صحيح عند المذهب ليس بسديد بل الصواب أنْ يقول: هو مرجوع عنه تأمل **(وضمنا)** أي الشاهدان الراجعان للمشهود عليه **(ما أتلفاه بها)** أي بالشهادة لإقرارهما على أنفسهما بالضمان، وقال الشافعي: لا يضمنان لأنَّه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة، قلنا: تعذر إيجاب الضمان على المباشر، وهو القاضي لأنَّه كالملجأ إلى القضاء، وفي إيجابه صرف النفس عن تقلده، وتعذر استيفائه من المدعي لأنَّ الحكم ماضٍ فاعتبر التسبب وإنما يضمنان **(إذا قبض المدعي مدعاه ديناً كان أو عيناً)** لأنَّ الإتلاف بالقبض يتحقق، ولأنَّه لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين.

بخلاف ظهور الشاهد عبداً أو محدوداً في قذف، **(وضمنا ما أتلفاه)** من المال والمنفعة **(بها)** إنْ كلاً فكل أو بعضاً فبعض إلاَّ إذا عوض وعزرا أيضاً، ويضمن المدعي لأنَّ الحكم ماضٍ، ولا القاضي لأنَّه ملجيء في الحكم، ولذا لو امتنع عنه بعد التعديل، يأثم ويعزر ويعزل كما في القهستاني عن الكافي وقوله **(إذا قبض المدعي)** ظرف لضمنا **(ديناً كان أو عيناً)** وقيل: هذا لو ديناً وإن عيناً فمطلقاً، والمذهب الضمان بعد القضاء مطلقاً قبض المدعي المال أولاً، وعليه الفتوى كما في التنوير، والمنح وكذا العقار يضمن بعد الرجوع إنْ اتصل القضاء بالشهادة كما في الشرنبلالية وغيرها، **(فإن رجع أحدهما ضمن نصفاً و)** الأصل أنَّ **(العبرة لمن بقي)** من الشهود **(لا لمن رجع)** وإلاَّ للزم الضمان مع بقاء الحق

شهد ثلاثة ورجع واحد لا يضمن فإن رجع آخر ضمناً نصفا وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة ضمت ربعاً وإن رجعتا ضمنتا نصفاً وإنْ شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان لا يضمن شيئاً فإن رجعت أخرى ضمن التسع ربعاً وإن رجع العشر ضمن نصفاً،

وقد تبع المصنف الكنز والهداية في تقييده، وهو مختار السرخسي وصاحب المجمع، وخالف أصحاب الفتاوى في إطلاقهم، وقد صرح في الخلاصة والبزازية وغيرهما بالضمان بعد القضاء، قبض المدعي المال أو لا قالوا: وعليه الفتوى، وفي الخلاصة أنَّه قول الإمام الآخر، وهو قولهما انتهى، وظاهره أنَّ اشتراط القبض مرجع عنه كما في البحر، وفرق شيخ الإسلام بين العين، والدين فقال: إنْ كان المشهود به عيناً فللمشهود عليه أنْ يضمن الشاهد بعد الرجوع وإنْ لم يقبضها المدعي، وإنْ كان ديناً فليس له ذلك حتى يقبضه، وفي البحر تفصيل عدم إنحصار تضمين الشاهد في رجوعه فليراجع **(فإنْ رجع أحدهما)** أي أحد الشاهدين عن شهادته في دعوى حق بعد القضاء **(ضمن)** الراجع **(نصفا)** إذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه، وهو النصف وعن هذا قال: **(والعبرة)** في باب الضمان **(لمن بقي)** من المشهود، وعند الأئمة الثلاثة العبرة لمن رجع إلاَّ في رواية عنهم **(لا لمن رجع)** هذا هو الأصل، فإنْ بقيَّ اثنان يبقى كل الحق وإن بقي واحد يبقى النصف كما مر آنفاً، ولذا فرع عليه المسائل فقال: **(فإن شهد ثلاثة)** رجال بحق **(ورجع واحد)** عن شهادته **(لا يضمن)** الراجع شيئاً لبقاء نصاب الشهادة **(فإن رجع آخر)** بعد رجوع واحد من الثلاثة فعلى هذا إنْ الفاء في قوله فإن رجع تعقيبية **(ضمناً)** أي الراجعان **(نصفا)** من المقبوض لبقاء نصف نصاب الشهادة، وهو واحد من ثلاثة فيبقى نصف الحق، فإنْ قيل: ينبغي أنْ يضمن الراجع الثاني فقط لأنَّ التلف أضيف إليه، أجيب بأن التلف مضاف إلى المجموع إلا أنه عند رجوع الأول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما زال ذلك المانع برجوع آخر ظهر أثره **(وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة)** منهما **(ضمت)** الراجعة **(ربعاً)** بالإجماع لبقاء ثلاثة أرباع الحق ببقاء رجل وامرأة **(وإنْ رجعتا)** أي المرأتان **(ضمنتا نصفا)** لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل **(وإنْ شهد رجل وعشر نسوة فرج ثمان)** منهن **(لا يضمن)** على صيغة الجمع المؤنث الغائبة **(شيئاً)** لبقاء النصاب وهو رجل وامرأتان من العشر **(فإن رجعت)** امرأة **(أخرى)** بعد رجوع الثمان من العشر **(ضمن)** النسوة التسع ربعاً لبقاء ثلاثة أرباع الحق لبقاء رجل وامرأة كما مرّ **(وإن رجع)** النسوة **(العشر)** دون الرجل **(ضمن)**

. . . .

للمستحق كرجوع اثنين من أربعة، **(فإن شهد ثلاثة ورجع واحد لا يضمن فإنْ رجع آخر ضمنا نصفاً)** لأنَّ الإتلاف يضاف إليهما، وقد زال المانع فعاد المقتضي **(وإن شهد رجل، وامرأتان فرجعت واحدة ضمنت ربعاً وإنْ رجعتا ضمنتا نصفاً وإنْ شهد رجل، وعشرة نسوة فرجع ثمان لا يضمن شيئاً، فإنْ رجعت أخرى ضنم التسع ربعاً)** لبقاء ثلاثة أرباع النصاب **(وإن رجع العشر ضمن نصفاً)** اجماعاً **(وإن**

وإن رجع الكل فعلى الرجل سدس وعليهن خمسة أسداس وعندهما عليه نصف وعليهن نصف، وإنْ شهد رجلان وامرأة فرجعوا فالغرم على الرجلين خاصة ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها أو عليه إلاَّ ما زاد على مهر المثل ولا من شهد بطلاق بعد

صيغة جمع مؤنث غائبة (نصفا) بالإجماع لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل قيل: ينبغي أن يقول، وإنْ رجعت في المحلين.

وكذا في قوله وضمن التسع ينبغي أنْ يقول، وضمنت فنقول: يجوز في مثله لأنَّ الله تعالى قال في قصة يوسف عليه السلام، وقال نسوة: ووجهه بين في التفاسير، فليطالع **(وإن رجع الكل)** أي الرجل والنساء، **(فعلى الرجل سدس)** أي سدس الحق **(وعليهن)** أي على النساء **(خمسة أسداس)** عند الإمام لأنَّ كل امرأتين قامت مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجال كما لو شهد به ستة رجال، ثم رجعوا فإنَّ الضمان عليهم يكون أسداساً، فعلى الرجل غرم السدس هو حصة اثنتين من العشر، وعليهن غرم خمسة أسداس **(وعندهما عليه)** أي على الرجل **(نصف وعليهن)** أي على النساء **(نصف)** لأنَّ العشر من النساء يقمن مقام رجل واحد، فيكن نصف النصاب كما أنَّ الرجل الواحد يكون نصف النصاب، ولهذا لا تقبل شهادتهن إلاَّ بانضمام رجل، فيكون الغرم على المناصفة، وفي التبيين نقلا عن المحيط لو رجع رجل، وثمان نسوة منهن فعلى الرجل نصف الحق، ولا شيء على النسوة لأنهنَّ وإنْ كثرن يقمن مقام رجل واحد، وقد بقي من النساء من ثبت بشهادتهن نصف الحق، فيجعل الراجعات كأنهنَّ لم يشهدن، ثم قال: وهذا سهو بل يجب أنْ يكون النصف أخماساً عنده وعندهما أنصافاً، وذكر الأسبيجابي لو رجع واحد وامرأة كان النصف بينهما أثلاثاً، ولو كان كما قال: لم يجب على المرأة شيء انتهى، لكن ذكر الاسبيجابي عقيب هذه المسألة اختلافاً لأنَّه قال: لو شهد رجل، وثلاث نسوة فقضي به ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال، ولم تضمن المرأة شيئاً في قولهما، وفي قياس قول الإمام نصف المال أثلاثاً ثلثاه على الرجل، وثلثه على المرأة انتهى فعلى هذا ظهر أنَّ صاحب المحيط اختار قولهما فلا سهو تدبر **(وإنْ شهد رجلان وامرأة فرجعوا فالغرم على الرجلين خاصة)** لأنَّ الواحدة ليست بشهادة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم **(ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها)** أي على المرأة **(أو عليه)** أي على الزوج الأصل أنَّ المشهود به إنْ لم يكن مالاً بأن كان قصاصاً أو نكاحاً أو نحوهما لم

. . . .

رجع الكل فعلى الرجل سدس وعليهن خمسة أسداس) عنده **(وعندهما عليه نصف وعليهن نصف)** وعلى الأول المعول **(وإن شهد رجلان وامرأة فرجعوا فالغرم على الرجلين)** خاصة لعدم اعتبارها منفردة مع الرجلين بخلافها مع امرأتين ورجل لإضافته إلى كلهن **(ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها أو عليه إلاَّ ما زاد على مهر المثل)** لو هي المدعية وهو المنكر، ذكره عزمي زاده **(ولا من شهد**

الدخول ويضمن في الطلاق قبل الدخول نصف المهر. وفي البيع ما نقصن عن قيمة المبيع وفي العتق القيمة وفي القصاص الدية فقط ويضمن الفرع إنْ رجع لا الأصل إنْ

يضمن الشهود عندنا خلافاً للشافعي، وإنْ كان مالاً فإنْ كان الإتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد، لأنَّ الإتلاف بعوض كلا إتلاف، وإنْ كان بعوض لا يعادله فبقدر العوض لا ضمان بل فيما وراءه وإنْ كان الإتلاف بلا عوض أصلاً، وجب ضمان الكل إذا تقرر هذا فنقول: إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي جاحدة وأقام على ذلك بينة فقضى بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لها شيئاً سواء كان المسمى مقدار مهر مثلها أو أكثر أو أقل لأنهما، وإنْ أتلفا البضع عليها بعوض لا يعدله، لكنَّ البضع لا يتقوم على المتلف، وإنما يتقوم على المتملك ضرورة التملك فإنَّ ضمان الإتلاف يقدر بالمثل، ولا مماثلة بين البضع والمال.

وأما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوماً إظهاراً لخطره كما في الدرر (**إلاّ ما زاد على مهر المثل**) يعني إنْ كان مهر مثلها مثل المسمى أو أكثر، لم يضمنا شيئاً لأنَّهما أوجبا المهر عليه بعوض يعدله أو يزيد عليه، وهو البضع لأنَّه عند الدخول في ملك الزوج متقوم، وقد بينا الإتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان، وإنْ كان مهر مثلها أقل من المسمى ضمناً الزيادة للزوج لأنهما أتلفا قدر الزيادة بلا عوض، وذا لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه، ثم رجعا بعد القضاء ضمنا لها (**ولا**) يضمن (**من شهد بطلاق بعد الدخول**) لأنَّ المهر تأكد بالدخول فلا إتلاف (**ويضمن في الطلاق قبل الدخول نصف المهر**) إنْ كان مسمى أو المتعة إنْ لم يكن مسمى لأنهما أكدا ضماناً على شرف السقوط، ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر، ولأنَّ الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة، وكان واجباً بشهادتهما كما في الهداية، والتعليل الأول للمتقدمين والثاني للمتأخرين، وفي البحر تفصيل فليراجع، وفي التنوير ولو شهدا أنَّه طلقها ثلاثاً وآخر أنَّه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير ولو كان ذلك بعد وطء أو خلوة فلا ضمان على أحد (**وفي البيع**) يضمن (**ما نقص عن قيمة المبيع**)، وفي المنح ولو شهدا على البائع به بمثل القيمة أو أكثر فلا ضمان لأنَّه إتلاف بعوض وإنْ شهدا به بأقل من قيمته ضمنا النقصان لأنَّه بغير عوض، ولو شهدا على لمشتري فلا ضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة أو أقل، وإنْ كان بأكثر ضمنا ما زاد عليها كذا صرحوا فعلى هذا لو

. . . .

بطلاق بعد الدخول) لعدم تقوم البضع في الخروج بخلاف الدخول (**ويضمن في الطلاق قبل الدخول نصف المهر**) لو مسمى وإلاّ فالمتعة (**وفي البيع ما نقص عن قيمة المبيع**) للإتلاف بلا عوض ولو شهدا بالبيع، وبنقد الثمن فلو في شهادة واحدة ضمنا القيمة، ولو في شهادتين ضمنا الثمن (**وفي العتق القيمة، وفي القصاص الدية فقط**) ولم يقتصا لعدم المباشرة (**ويضمن الفرع إنْ رجع**) لأنَّه المتلف (**لا**

قال ما أشهدته على شهادتي ولو قال أشهدته وغلطت ضمن عند محمد لا عندهما، وإن رجع الأصل والفرع ضمن الفرع فقط، وعند محمد يضمن المشهود عليه أي الفريقين

قال: ولا في البيع إلاَّ ما نقص من قيمة المبيع إنْ ادعى المشتري، ولا في البيع إلاَّ ما زاد على القيمة من الثمن إنْ ادعى البائع كما في الغرر لكان أظهر، وأولى تدبر وفي التنَوير، ولو شهدا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمته ألف وإنْ شاء ضمن الشهود قيمته حالاً، وإن شاء أخذ المشتري إلى سنة وأياماً اختار برىء الآخر **(وفي العتق)** يضمن **(القيمة)** يعني إذا شهدا على عتق عبد، ثم رجعا ضمنا قيمة العبد مطلقاً، أي سواء كانا موسرين أو معسرين لإتلافهما، مالية العبد عليه من غير عوض، ولا يتحول الولاء إليهما بالضمان لأنَّ العتق لا يحتمل الفسخ فلا يتحول بالضرورة إذ الولاء لمن أعتق، أطلق العتق فانصرف إلى العتق بلا مال، فلو شهدا أنَّه اعتق عبده خمسمائة وقيمته ألف فقضى، ثم رجعا إنْ شاء ضمن الشاهدين الألف ورجعا على العبد بخمسمائة، وولاء العبد للمولى كما في البحر والتنوير، وفي التدبير ضمنا ما نقصه، وفي الكتابة يضمنان قيمته، ولا يعتق حتى يؤدي ما عليه إليهما، وما في الفتح من أنَّ الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو، والصواب للذي كاتبه كما في البحر، وفي الاستيلاد يضمنان نقصان قيمة الأمة فإنْ مات المولى عتقت، وضم الشاهدان قيمتها للورثة **(وفي القصاص)** يضمن **(الدية فقط)** يعني إذا شهدا أنَّ زيداً قتل بكراً فاقتص زيد، ثم رجعا تجب الدية عندنا لا القصاص، لأنَّ القتل، وجد باختيار الولي لأنَّه ليس بمضطر فيه لاقتداره على لعفو أيضاً، ولم يكونا سبباً بالقتل فلرائحة السببية وقعت الشبهة، وهي مانعة عن القود لا عن الدية لأنَّ المال يثبت مع الشبهة بخلاف المكره، لأنَّه مباشر فيه فيكون سبباً يضاف إليه القتل فيقتص، وعند الشافعي يقتصان لوجود القتل تسبيباً كالمكره **(ويضمن الفرع إنْ رجع)** أي يضمن شهود الفرع بالرجوع عن شهادتهم لأنَّ الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم وكان التلف مضافاً إليهم **(لا الأصل إنْ قال)** الأصل **(ما أشهدته)** أي الفرع **(على شهادتي)** أي لا يضمن شهود الأصل بعد الحكم بقولهم: لم نشهد الفروع على شهادتنا بالإجماع لأنَّ الحكم لم يضف إليهم، بل إلى الفرع، ولا يبطل القضاء بعد الحكم للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد **(ولو قال)** الأصل **(أشهدته)** أي الفرع **(وغلطت ضمن عند محمد)** لأنَّ الفروع نقلوا شهادة الأصل، فكان الأصل حضر، وشهد عند مجلس القاضي ثم رجع **(لا)** يضمن **(عندهما)** لأنَّ الحكَم لم يقع بشهادة الأصل بل بشهادة الفرع، وقوله: غلطت اتفاقي إذ لو قال: رجعت عنها فلا ضمان أيضاً عندهما **(وإنْ رجع الأصل والفرع)** جميعاً بعد الحكم **(ضمن الفرع فقط)** عند الشيخين لأنَّ

. . . .

الأصل إنْ قال) بعد القضاء **(ما أشهدته على شهادتي)** اتفاقاً **(ولو قال: أشهدته وغلطت)** أو رجعت **(ضمن عند محمد لا عندهما)** قد جزم في التنوير وغيره بقولهما خلافاً لصنيع المصنف فتنبه **(وإن رجع الأصل والفرع ضمن الفرع فقط، وعند محمد يضمن المشهود عليه أي الفريقين شاء)** قلنا الحكم يضاف

شاء، وقول الفرع كذب أصلي أو غلط ليس بشيءٍ وإن رجع المزكي عن التزكية ضمن خلافاً لهما، ولا يضمن شاهد إلاَّ حصان برجوعه. ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة. ولو رجع شاهد الشرط وحده اختلف المشائخ، ومن

الإتلاف يحصل بعد القضاء، والقضاء بشهادة الفرع فيضاف التلف إليه بعد رجوعه، والضمان على المتلف (**وعند محمد يضمن المشهود عليه أي الفريقين**) من الأصل والفرع (**شاء**) أي أنَّ المشهود عليه مخير بين تضمين الفرع والأصل عنده لأنَّ القضاء وقع بشهادة الفرع من وجه، وبشهادة الأصل من وجه فيخير بينهما، والجهتان متغايرتان، ولا يجمع بينهم في التضمين (**وقول الفرع كذب**) فعل ماضٍ (**أصلي أو غلط ليس بشيء**) يعني بعد الحكم بشهادتهم لأنَّ ما أمضى من القضاء لا ينقض بقولهم: ولا يجب الضمان عليهم لأنَّهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع (**وإن رجع المزكي عن التزكية ضمن**) أي ضمن المزكي بالرجوع عن تزكية الشاهد بعد أنْ زكاه عند الإمام لأنَّ قبول الشهادة عند القاضي بالتزكية يكون علة العلة معنى فيضاف الحكم إلى علة العلة (**خلافاً لهما**)، فإنَّ عندهما لا ضمان على المزكين لأنَّهم أثنوا على الشهود فصاروا كشهود الإحصان والخلاف فيما إذا قالوا تعمدنا أو علمنا أنَّ الشهود عبيد، ومع ذلك زكيناهم، أما إذا قال المزكي: أخطأت فيها فلا ضمان إجماعاً كما في البحر وغيره، فعلى هذا لو قيد مع علمه بكونهم عبيداً لكان أولى، وقيل الخلاف فيما إذا أخبر المزكون بالحرية بأن قالوا: أنهم أحرار أما إذا قالوا هم عدول فكانوا عبيداً لا يضمنون إجماعاً لأنَّ العبد قد يكون عدلاً (**ولا يضمن شاهد إلاَّ حصان برجوعه**) لأنَّه شرط محض، فلا يضاف الحاكم إليه.

(**ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة**) يعني إذا شهدا أنَّه علق عتق عبده بشرط، وشهد الآخران أنَّ الشرط الذي علق به العتق وجد، فحكم الحاكم به ثم رجع جميعهم يضمن شهود اليمين قيمة العبد لأنَّهم أثبتوا العلة، وهو قوله: أنت حرٌّ، ولا يضمن شهود الشرط لأنَّ الشرط كان مانعاً، وهم أثبتوا زوال المانع، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى زوال المانع (**ولو رجع شاهد الشرط وحده اختلف المشائخ**) قال بعضهم يضمن شاهد الشرط والصحيح، أنَّ شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه، في الزيادات وإليه مال شمس الأئمة

. . . .

للمباشر دون المتسبب (**وقول الفرع**) بعد الحكم (**كذب أصلي أو غلط ليس بشيء**) فلا ضمان (**وإن رجع المزكي عن التزكية ضمن**) ولو الدية (**خلافاً لهما**) وهذا إذا قالوا تعمدنا أو علمنا أنَّهم عبيد، أما مع الخطأ فلا ضمان إجماعاً كما في المنح عن البحر (**ولا يضمن شاهد الإحصان برجوعه**) لأنَّه شرط بخلاف التزكية لأنَّها علة، والحكم يضاف للعلة لا للشرط (**ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة**) لأنَّه المتلف (**ولو رجع شاهد الشرط وحده اختلف المشائخ**)، والصحيح عدم

علم أنّه شهد زوراً شهر ولا يعزر وعندهما يوجع ضرباً ويحبس.

السرخسي، وإلى الأول مال فخر الإسلام علي البزدوي كما في التبيين وغيره **(ومن علم أنّه شهد زوراً)** بأن أقرَّ على نفسه أنَّه شهد زوراً أو شهد بقتل رجل أو موته فجاء حياً أو شهد برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوماً وليست بالسماء علة ولم ير الهلال **(شهر)** فقط **(ولا يعزر)** عند الإمام وعليه الفتوى كما في السراجية **(وعندهما يوجع ضرباً ويحبس)** وفي الكافي اعلم أنَّ شاهد الزور يعزر اجماعاً، اتصل القضاء بشهادته أو لا لأنَّه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بمسلم إلاَّ أنهم اختلفوا في كيفية تعزيره فقال الإمام: تعزيره تشهيره فقط، وقالا: يضرب ويحبس، وهو قول الشافعي: لأنَّ عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه، وله أنَّ شريح القاضي في زمن عمر، وعلي رضي الله تعالى عنهم كان يشهر بأنَّ يبعثه إلى سوقه أو إلى قومه لإفشاء قباحته، وهذا التشهير لا يخفى على الصحابة رضوان الله تعالى عنهم أجمعين، ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الإجماع، وكان هذا من الإمام احتجاجاً بإجماع الصحابة لا تقليداً لشريح لأنَّه لا يرى تقليد التابعي وحديث عمر رضي الله تعالى عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم.

. . . .

ضمانه، وضمن شاهد الإيقاع لا التفويض لأنَّه علة، والتفويض سبب **(ومن علم أنَّه شهد زوراً)** بأن أقرَّ على نفسه إقراراً حقيقياً أو حكمياً بلا إكراه، كذا عمم القهستاني وجرى عليه البرجندي، ومنلا خسرو وغيره تبعاً لصدر الشريعة ليشمل ما إذا شهد بموت زيد أو قتله، ثم ظهر حياً أو برؤية هلال، ثم مضى ثلاثون يوماً، ولم ير الهلال بلا علة أو بولادة امرأة، ثم وجدت بكراً أو بقطع شجر، ثم وجد قائماً. **(قلت)**: لكن تعقبه ابن الكمال والباقاني وصاحب منح الغفار ومنلا مسكين ومحط كلامهم الاقتصار على الإقرار الحقيقي بكذبه متعمداً، حتى لو قال: أخطأت فيه، لم يعزر لأنَّ العقوبة لا تجري على الخاطيء، ذكره ابن الملك، واتفقوا أنها لا تثبت بالبينة أصلاً لأنَّه نفي ونقل الكمال وغيره أنَّ الرجوع عنها على ثلاثة أقسام، إنْ رجع مصراً على أنْ لا يرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب اتفاقاً، وإنْ رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقاً، وإنْ لم يعلم حاله فمحل الخلاف فعنده **(شهر)** بإرساله لسوقه أو لمحلته أجمع ما كانوا، ويقول أمين القاضي أنَّ القاضي يقرؤ بكم السلام أنا وجدناه شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس **(ولا يعزر وعندهما يوجع ضرباً)** ثم يشهر، وقيل لا يشهر ما في الحقائق **(ويحبس)** تأديباً ويفتي بقوله، وما روياه محمول على السياسة ولذا لا يسنحم وجهه أي ولا يسنحم بالإجماع كما في السراجية وأقره القهستاني، وفي المنح عن البحر فظاهر كلامهم أنَّ للقاضي أنْ يسنحم وجهه إذا رآه سياسة، ثم إذا تاب هل تقبل شهادته، إنْ فاسقاً نعم وإنْ عدلاً مستوراً لا تقبل أبداً، وعن أبي يوسف تقبل وبه يفتي، والاكتفاء مشير إلى أنَّ التعزير بالأداء والإطافة في الأسواق مع الضرب لم يجز في غير شاهد الزور إلاَّ أنَّ القاضي الإمام قد نقل في العمدة أنَّه جاز في غيره كتارك الصلاة عمداً، ذكره القهستاني. **(قلت)**: وكتبت في شرح التنوير من التعزير عن شرح الجامع الصغير في الحديث للمناوي الشافعي في حديث: اتق الله لا تأتي يوم القيامة ببعير تحمله على رقبتك له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة لها تواج فقال: يؤخذ منه بجريش السارق ونحوه، انتهى فليحفظ.

كتاب الوكالة

هي إقامة الغير مقام نفسه في التصرف وشرطها كون الموكل ممن يملك التصرف

كتاب الوكالة

مناسبتها للشهادة من حيث أنَّ الإنسان يحتاج في معاشه إلى التعاضد، والشهادة منه فكذا الوكالة وهي لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله، بكذا إذا فوض إليه الأمر فيكون الوكيل بمعنى المفعول لأنَّه موكول إليه الأمر، وقيل هي الحفظ، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى فيكون بمعنى فاعل والتوكيل صحيح بالكتاب، والسنة والإجماع وشرعاً **(هي)** أي الوكالة **(إقامة الغير مقام نفسه في التصرف)** والمراد بالتصرف أنْ يكون معلوماً لأنَّه إذا لم يكن معلوماً ثبت بأدنى التصرفات وهو الحفظ فيما إذا قال: وكلتك بمالي فلو قال: في تصرف جائز معلوم لكان أولى لأنَّ التصرف مطلقاً يشمل الجائز والمعلوم وغيرهما كما في المنح، لكن يمكن أنْ يجاب عنه بأنَّ اللام للعهد فلا حاجة إلى زيادة تدبر **(وشرطها)** أي الوكالة **(كون الموكل)** اسم فاعل **(ممن يملك التصرف)** لأنَّ الوكيل يستفيد ولاية التصرف من الموكل فلا بد للمفيد من أنْ يملكه ويقدره قبل هذا على قولهما: وأما على قوله فالشرط أنْ يكون التوكيل حاصلاً بما يملكه الوكيل فكون الموكل مالكاً لذلك التصرف الذي وكل به الوكيل ليس بشرط

. . . .

كتاب الوكالة

مناسبته أنَّ كلاً من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره **(هي)** لغة الحفظ وشرعاً **(إقامة الغير مقام نفسه)** ترفهاً أو عجزاً **(في التصرف)** الشرعي المعلوم، فأل للعهد فلا حاجة إلى زيادة أمر شرعي كما ظن، نعم يخرج عنه أنت وكيلي في كل شيء فإنَّه يصير وكيلاً بالحفظ استحساناً فينبغي أنْ يزاد الحفظ كما في التحفة وفيه إيماء إلى أنَّ القبول شرط **(وشرطها كون الموكل ممن يملك التصرف)**

والوكيل يعقل العقد ويقصده فيصح توكيل الحر البالغ أو المأذون حراً بالغاً أو مأذوناً أو صبياً عاقلاً أو عبداً محجورين بكل ما يعقده هو بنفسه وبإيفاء كل حق وباستيفائه إلاَّ في

إذ يجوز توكيل المسلم ذمياً ببيع الخمر، والخنزير عنده مع أنَّ المسلم لا يملك هذا التصرف بنفسه، انتهى، لكن الشرط أنْ يكون الموكل مالكاً للتصرف نظراً إلى أصل التصرف، وقادراً عليه، وإنْ امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي فلا يلزم ما قيل تدبر (و) شرطها أيضاً كون **(الوكيل)** ممن **(يعقل العقد)** ويعرف أنَّ البيع سالب للمبيع، وجالب للثمن والشراء على عكسه ويعرف الغبن الفاحش، واليسير كما في أكثر المعتبرات، وقال يعقوب باشا: وهو مشكل لأنَّهم اتفقوا على أنَّ توكيل الصبي العاقل صحيح، وفرق الغبن اليسير من الفاحش مما لا يطلع عليه أحد إلاّ بعد الاشتغال بعلم الفقه، فلا وجه لاشتراطه في صحة التوكيل، انتهى لكن المراد من الصبي العاقل هو المميز مطلقاً فلا يرد تدبر **(ويقصده)** أي يقصد الوكيل ثبوت حكم العقد، وحصول الربح حتى لو تصرف بطريق الهزل، فلا يقع عن الموكل، كما في أكثر الكتب لكن ليس فيما نحن فيه لأنَّ الكلام في صحة الوكالة لا في صحة بيع الوكيل، وعدمه وعدم وقوعه عن الموكل، ولذا تركه في الكنز إلاَّ أنْ يقال: إنَّ قوله يقصده تأكيد لقوله يعقل، والعطف عطف تفسير لأنَّه بالقصد يعلم كمال العقل تدبر، وفيه رمز إلى أنَّ المعتوه يصلح أنْ يكون وكيلاً، لأنَّه يعقله ويقصده، وإنْ لم يرجع المصلحة على المفسدة وإلى أنْ علم الوكيل بالوكالة لمن يشترط خلافاً لمحمد، فلو وكل ببيع عبده وطلاق امرأته، ففعل الوكيل قبل العلم جاز خلافاً، كما في القهستاني نقلاً عن المحيط، ثم فرعه بقوله **(فيصح توكيل الحر البالغ)** ينبغي أنْ يقيد بالعاقل ليحترز عن المجنون لما في التنوير، فلا يصح توكيل مجنون وصي لا يعقل مطلقاً وصي يعقل بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة، من التصرفات الضارة وصح توكيله بما ينفعه بلا إذنْ وليه كقبول الهبة، وبما تردد بين ضرر ونفع كبيع وإجارة أنَّ مأذوناً وإلاَّ توقف على إجازة وليه **(أو المأذون)** والمراد بالمأذون الصبي العاقل الذي أذن له الولي والعبد الذي أذن له المولى أي يصح توكيل كل منهما **(حراً)** مفعول توكيل **(بالغاً أو مأذوناً)** لأنَّ الموكل مالك للتصرف والوكيل أهل له **(أو)** توكيلها **(صبياً عاقلاً أو عبداً محجورين)** قيد للصبي والعبد لأنَّ الصبي أهل

. . . .

نظراً إلى أصل التصرف وإنْ امتنع في بعض الأشياء بعارض كما في الجلالية، وغيرها (و) كون **(الوكيل يعقل العقد ويقصده)** بأن لا يهزل، وفيه رمز إلى أنَّ علم الوكيل بالوكالة ليس بشرط، خلافاً لمحمد **(فيصح توكيل الحر البالغ)** العاقل بقرينة الآتي **(أو المأذون)** الصبي أو البائع من جهة الولي أو المولى **(حراً بالغاً أو مأذوناً)** كذلك فالأقسام ستة عشر لا تسعة **(أو صبياً)** محجوراً **(عاقلاً أو عبداً محجوراً)** عن التصرف، فالأقسام اثني عشر، ذكره القهستاني، ثم ذكره ضابط الموكل فيه فقال **(بكل ما يعقده هو بنفسه)** لنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات لأنَّ ذلك يتقيد بأمر أمره فلا يرد توكيل المسلم ذمياً ببيع الخمر ونحوه لأنَّه عكس، والنقض لا يكون إلاَّ في الطرد، ذكره الزيلعي (و) صح التوكيل

حد وقود مع غيبة الموكل بالخصومة في كل حق بشرط رضى الخصم للزومها إلاَّ أن

للعبارة حتى ينفذ تصرفه بإذن الولي فكذا العبد حتى يصح طلاقه، وإقراره في الحدود والقصاص، ولكنْ لا يرجع حقوق العقد إليهما بل إلى موكلهما إذ لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور الأهلية والعبد لحق المولى بخلاف المأذونين بحيث تلزمهما العهدة استحساناً، وفي الشمني وعن أبي يوسف أنَّ المشتري إذا لم يعلم بحال البائع، ثم علم أنَّه صبي أو مجنون له خيار الفسخ ولو كان الصبي الوكيل بالشراء أو العبد مأذوناً له في التجارة لزمه الثمن ورجع به على الموكل استحساناً (**بكل ما**) كونه موصوفة أولى من الموصولة، والظرف للتوكيل أي صح التوكيل لكل عقد (**يعقده هو**) أي الموكل (**بنفسه**) أي مستبداً بنفسه أو بولاية نفسه عن الغير كالبيع، والهبة والصدقة والوديعة وغيرها، لأنَّ الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج إلى توكيل غيره فلا بد من جوازه دفعاً لحاجته، وفي القهستاني ولا يشكل بتوكيل المسلم أو الذمي ذمياً أو مسلماً ببيع الخمر أو شرائها بالتوكيل ببيع المسلم، والاستقراض كما ظن فإنَّ الكفالة كافية للأولين، والثالث مستثنى بقرينة الآتي والرابع مختلف فيه، انتهى ويمكن دفعه بوجه آخر كما بين آنفاً (**و**) صح التوكيل (**بإيفاء كل حق وباستيفائه**) لأنَّ الموكل قد لا يهتدي إلى طريق الإيفاء والاستيفاء فيحتاج إلى التوكيل بالضرورة، والمراد بالإيفاء دفع ما عليه، وبالاستيفاء القبض (**إلاَّ في حد**) كقذف أو سرقة (**وقود**) أي لا يصح التوكيل باستيفائهما (**مع غيبة الموكل**) عن المجلس كما إذا قال الموكل: وجب لي على فلان حد أو قصاص في النفس أو الطرف، فوكلتك أنْ تطلبه منه فقبل فإنَّ استيفائهما بدون حضور الموكل باطل لسقوطهما بالشبهة، وعند حضوره يجوز إجماعاً.

وإنما قلنا لا يصح التوكيل باستيفائهما لأنَّه صح التوكيل بإثباتهما، وقال أبو يوسف: لا يجوز التوكيل بإثباتهما، وقول محمد: مضطرب والأظهر أنَّه مع الإمام في نفس التوكيل وكذا الخلاف في التوكيل بالجواب من جانب من له الحد، والقصاص، وفي شرح الطحاوي صح التوكيل بإستيفاء التعزيز، وعند الأئمة الثلاثة يصح في القود وإنْ غاب الموكل إلاَّ في رواية عن أحمد، وقول من الشافعي (**و**) يصح التوكيل (**بالخصومة في كل حق**) لأنَّ كل أحد لا يهتدي إلى وجوه الخصومات، فيحتاج إلى التوكيل بالضرورة (**بشرط رضى الخصم**) فلو رضيَّ قبل سماع الحاكم الدعوى ثم رجع جاز رجوعه وإنْ بعده لا، وفي العناية اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم، قال الإمام: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلاَّ برضى

. . . .

(**بإيفاء كل حق و**) كذا (**باستيفائه إلاَّ في**) استيفاء (**حد وقود مع غيبة الموكل**) عن المجلس لسقوطها بالشبهة وفيه رمز إلى صحة التوكيل بإثباتهما خلافاً لأبي يوسف، وباستيفاء التعزير ذكره القهستاني (**و**) صح (**بالخصومة في كل حق**) لآدمي ب قرينة قوله (**بشرط رضى الخصم للزومها**) أي لا لجوازها، والمختار لزومها لو الخصم متعنتاً وإلاَّ لا، وهذا إنْ مقيماً صحيحاً وإلاَّ لزمت بالإجماع كما ذكره بقوله

يكون الموكل مريضاً لا يمكنه حضور مجلس الحكم أو غائباً مسافة سفر أو مريداً للسفر أو مخدرة غير معتادة الخروج إلى مجلس الحاكم، وعندهما لا يشترط رضى الخصم

الخصم سواء كان الموكل هو المدعي أو المدعى عليه، وقالا: يجوز بغير رضى الخصم، وهو قول الشافعي لكن في الهداية، والظهيرية وغيرهما لا خلاف في الجواز، إنما الخلاف في اللزوم وهو الصحيح، وعن هذا قال: **(للزومها)** فعند الإمام لا يلزم التوكيل بلا رضى الخصم فترتد الوكالة برد الخصم **(إلاَّ أن يكون الموكل مريضاً لا يمكنه)** مع وجود المرض **(حضور مجلس الحكم)** وكذا من لا يحسن الدعوى **(أو غائباً مسافة سفر)** أي مدة ثلاثة أيام فصاعداً **(أو مريداً للسفر)** يعني إذا قال: أنا أريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضى الخصم طالباً كان الموكل أو مطلوباً، فلا ترتد برد الخصم، لأنَّه لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه لكن لا يصدق بمجرد قوله بل ينظر القاضي في حاله وعدة أيام سفره أو يسأل عن رفقائه **(أو)** يكون الموكل امرأة **(مخدرة غير معتادة الخروج إلى مجلس الحاكم)** سواء كانت بكراً أو ثيباً وعليه الفتوى كما في الحقائق لأنَّها لو حضرت لا يمكنها أنْ تنطق بحقها لحيائها فلزم توكيلها، ولو اختلفا في كونها مخدرة إنْ كانت المرأة من بنات الأشراف فالقول لها بكراً كانت أو ثيباً لأنَّه الظاهر من حالها وإنْ كانت من الأوساط فالقول لها أيضاً لو كانت بكراً، وإنْ كانت من الأسافل فلا سواء كانت بكراً أو ثيباً لأنَّ الظاهر غير شاهد لها كما في المنح، ومن الأعذار الحيض إذا كان الحكم في المسجد، والحبس إذا كان من غير القاضي ترافعوا إليه كما في التبيين، وفي المنح، وهو مقيد بما إذا كان الطالب لا يرضى بالتأخير، وأما إذا رضي به فلا يكون عذراً.

وأما حيض الطالب فهو غذر مطلقاً، والنفاس كالحيض انتهى، وفيه كلام فإنه يجوز للقاضي أن يخرج من المسجد، ويسمع الخصومة أو يرسل إليها نائباً ليرفع الخصومة كما قررناه في كتاب القضاء فلا وجه لعده من الأعذار، ويلزم منه أيضاً أن تعد الجناية، والكفر من الأعذار مع أنَّهم لم يذكروهما منها تأمل **(وعندهما)** وهو قول الأئمة الثلاثة **(لا يشترط رضى الخصم)** فيلزم بلا رضاه مطلقاً لأنَّ التوكيل تصرف في خالص حقه، فلا يتوقف على رضى غيره كالتوكيل بقضاء الديون، وله أنَّ التوكيل قد يكون أشد خصومة وآكد إنكاراً فيتضرر به خصمه، فلا يجوز بغير رضاه كالحوالة بالدين بخلاف الوكيل بالقبض فإنَّه لا يختلف،

. . . .

(إلاَّ أنْ يكون الموكل مريضاً لا يمكنه حضور مجلس الحكم) بقدميه، ذكره ابن الكمال وابن الملك **(أو غائباً مسافة سفر أو مريداً للسفر)** ويكفي قوله: أنا أريد السفر، ذكره ابن الكمال على خلاف ما في الدرر **(أو مخدرة)** أي **(غير معتادة الخروج إلى مجلس الحكم)** أو حائضاً أو نفساء، والحاكم في المسجد أو محبوساً من غير حاكم الخصومة أو لا يحسن الدعوى كما في التنوير **(وعندهما لا يشترط رضى الخصم)** مطلقاً واختاره أبو الليث وغيره، والمختار ما قدمنا أو يفوض لرأي القاضي ولو اختلفا في كونها مخدرة إنْ من بنات الأشراف فالقول لها مطلقاً، وإنْ من الأوساط فالقول لها لو بكراً، وإنْ

وحقوق عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كبيع وإجارة وصلح عن إقرار تتعلق به إنْ لم يكن محجوراً فيسلم المبيع ويتسلمه ويقبض الثمن ويطالب به ويرجع به عند الاستحقاق ويخاصم في عيب مشريه ويرد به إنْ لم يسلمه إلى موكله، وبعد تسليمه لا إلاَّ بإذنه

والمختار للفتوى أنَّ القاضي إنْ علم من الوكيل قصد الإضرار بخصمه يعمل بقول الإمام، وإن علم من خصم الموكل التعنة في الإباء من قبول التوكيل يعمل بقول صاحبه، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي كما في الدرر وغيره (**وحقوق عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كبيع**) فإنه يقول بعت هذا الشيء منك، ولا يقول: بعتك منك من قبل فلان، وكذا غيره (**وإجارة**) واستئجار (**وصلح عن إقرار**) دون إنكار كما سيأتي (**تتعلق به**) أي بالوكيل دون الموكل بلا فرق بين كون موكله حاضراً أو غائباً لأنَّه أصل في العقد لأنَّه يقوم بكلامه، ونائب عن الموكل في حق الحكم فراعينا جهة أصالته في تعلق الحقوق حتى لو شرط عدم حقوق العقد بالوكيل، فهو لغو خلافاً للشافعي، فإنه قال تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه، واعتبره بالرسول، وبالوكيل بالنكاح (**إن لم يكن**) الوكيل صبياً أو عبداً (**محجوراً**) إشارة إلى أنَّ العبد المأذون، والصبي المأذون تتعلق بهما الحقوق، وتلزمهما العهدة مطلقاً وليس كذلك بل فيه تفصيل لما في شرح المجمع نقلاً عن الذخيرة المأذون له إنْ كان وكيلاً بالبيع تلزمه الحقوق سواء باعه حالاً أو مؤجلاً وإنْ كان وكيلاً بالشراء فإنْ كان بثمن حال لزمته أيضاً لأنَّه يملك ما اشتراه حكماً ولهذا يحبسه الحاكم بالثمن ليستوفيه من الموكل، وإنْ كان بثمن مؤجل لا تلزمه الحقوق لأنَّه لم يملك ما اشتراه لا حقيقة، ولا حكماً، ولو لزمته العهدة لكان ملتزماً ما لا في ذمته مستوجباً مثله على موكله، وهو في معنى الكفالة فإنَّه لا يصح منه انتهى، ثم أشار إلى تفصيل الحقوق فقال: (**فيسلم**) الوكيل (**المبيع**) إلى المشتري في الوكالة بالبيع (**ويتسلمه**) أي يقبض المبيع عن البائع في الوكالة بالشراء (**ويقبض الثمن**) أي ثمن مبيعه في البيع (**ويطالب**) بفتح اللام (**به**) أي بالثمن في الوكالة بالشراء فيما اشترى (**ويرجع**) على صيغة المبني للمفعول (**به**) أي بالثمن (**عند الاستحقاق**) أي استحقاق ما باع (**ويخاصم**) على صيغة المبني للفاعل (**في عيب مشريه ويرد**) إلى بائعه (**به**) أي بالعيب فإنَّ ذلك كله من حقوق العقد فيتعلق بالوكيل (**إنْ لم يسلمه إلى موكله، وبعد تسليمه لا**) يرده (**إلاَّ بإذنه**) أي بإذن

من الأسافل فلا في الوجهين وله الرجوع عن الرضى قبل سماع الحاكم الدعوى لا بعده كما في التنوير (**وحقوق عقد**) في مبادلة ملك بملك (**يضيفه الوكيل إلى نفسه**) أي من غير احتياج إلى أنْ يضيفه لموكله (**كبيع وإجارة وصلح عن إقرار تتعلق به**) أي بالوكيل ما دام حياً حاضراً على ما نقله القهستاني، وإنْ تبرأ منها كما في التنوير، وعند الأئمة الثلاثة تتعلق بالموكل وهذا (**إن لم يكن**) الوكيل (**محجوراً**) كصبي وعبد فلو مأذونين فالعهدة عليهما استحساناً كما لو عتق العبد بخلاف ما إذا بلغ الصبي، ثم بين الحقوق فقال: (**فيسلم المبيع**) إنْ وكل بالبيع (**ويتسلمه**) إنْ وكل بالشراء ففيه استخدام (**ويقبض الثمن**) في البيع (**ويطالب به**) في الشراء (**ويرجع به عند الاستحقاق ويخاصم**) بالكسر (**في عيب مشريه ويرد به إنْ لم**

ويخاصم في عيب مبيعه وفي شفعته إن كان في يده، وكذا شفعة مشريه والملك يثبت للموكل ابتداء فلا يعتق قريب وكيل شراه وحقوق عقد يضيفه إلى موكله تتعلق بالموكل كنكاح وخلع وصلح عن إنكار ودم عمد وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة وإعارة

الموكل (**ويخاصم**) على صيغة المبني للمفعول (**في عيب مبيعه و**) **يخاصم** (**في شفعته**) أي شفعة ما باع (**إن كان**) المبيع (**في يده**) بخلاف ما إذا سلم المبيع إلى المشتري فإنَّ الوكيل لا يخاصم في الشفعة (**وكذا شفعة مشريه**) يعني يخاصم الوكيل في شفعة ما اشترى بالوكالة ما دام في يده (**والملك يثبت للموكل ابتداء**) إذا اشترى الوكيل لأنَّ الموكل يخلف عن الوكيل في حق الملك كما أنَّ الرق يتهب، ويصطاد إذ المولى يخلف عن العبد في ثبوت الملك إليه ابتداء، وهو الصحيح، كما في الهداية، وقيل يثبت الملك للوكيل فينتقل إلى الموكل بلا مهلة، ثم فرعه بقوله (**فلا يعتق قريب وكيل شراه**) ولا يفسد نكاح منكوحة شراها لأنَّ الملك يلزم الموكل، فعلى القولين لا يملك الوكيل قريبه ومنكوحته لعدم تقرر ملكه لأنَّ العتق، وفساد النكاح يقتضيان تقرر الملك كما في أكثر المعتبرات لكن، لم يظهر لهذا التفريع أثر الخلاف، لأنَّ القريب لا يعتق بالإتفاق فالأولى أن يفرع عليه ما ظهر فيه أثر الخلاف تدبر (**وحقوق عقد يضيفه**) الوكيل (**إلى موكله**) مراده أنَّه لا يستغني عن الإضافة إلى موكله حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح، والمراد من قريبه السابق أنَّه يصح إضافته إلى نفسه، ويستغني عن إضافته إلى الموكل لأنَّه شرط ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء، الشراء إلى موكله صح بالإجماع فلفظ الإضافة واحد والمراد مختلف كما في الإصلاح (**تتعلق بالموكل كنكاح وخلع**) لأنَّ الوكيل فيهما سفير أي حاك حكاية غيره فلا يلزم عليه شيء حتى لو أضاف النكاح إلى نفسه بأنْ قال: تزوجتها يقع للوكيل (**وصلح عن إنكار**) لأنَّه فداء يمين للموكل فلا بد من الإضافة إليه لما في الإصلاح هذا

. . . .

يسلمه إلى موكله، وبعد تسليمه لا) يرده (**إلاّ بإذنه ويخاصم**) بالفتح (**في عيب مبيعه وفي شفعته إنْ كان في يده، وكذا شفعة مشريه**) لأنَّه العاقد حقيقة وحكماً لكن في الجوهرة لو حضرا فالعهدة على آخذ الثمن في أصح الأقاويل، ولو أضاف العقد إلى الموكل تتعلق بالموكل اتفاقاً، ذكره ابن الملك خلافاً لما صححه القهستاني، قال: ولو وكل هذا الوكيل غيره بالبيع فباع فالحقوق للوكيل الثاني، هو الصحيح وعزاه للكافي قال: الحقوق نوعان: حق للوكيل وحق عليه، فالأول متبرع فيه فلا يجبر عليه كقبض المبيع بخلاف الثاني كتسليم المبيع، (**والملك يثبت للموكل ابتداء**) خلافة عن الوكيل، وإنْ أضاف لنفسه لأنَّه نائب في حق الملك أصيل في حق الحقوق لا بمبادلة حكمية خلافاً للكرخي وحينئذ (**فلا يعتق قريب وكيل شراه**) اتفاقاً لفورية المبادلة الحكمية، وكذا لا يفسد نكاح زوجة الوكيل فالأولى أنْ يفرع عليه بما ظهر فيه الخلاف. ذكره القهستاني نعم في الدرر والغرر إنما فرعها الأكثرون على الأول لأنَّه الأصح عندهم، وفي المنح عن البحر أنَّهم لم يذكروا له ثمرة فليحفظ (**وحقوق عقد**) ليس فيه مبادلة ملك بملك (**يضيفه إلى موكله**) أي يحتاج أن يضيفه إليه حتى لو أضافه لنفسه لم يصح (**تتعلق بالموكل كنكاح وخلع**) لأنَّ الوكيل فيهما سفير أي حاكي حكاية غيره، فلا يلزم عليه شيء، ذكره

وإيداع ورهن وإقراض وشركة ومضاربة، فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها ولا ببدل الخلع وللمشتري من الثمن عن الموكل، فإنْ دفعه إليه صح ولا يطالبه الوكيل ثانياً، وإن كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة به، وكذا

الصلح لا يصح إضافته إلى الوكيل بل لا بد من إضافته إلى الموكل بخلاف الصلح عن إقرار فإنَّه يصح إضافته إلى كل منهما، وقد عرفت اختلاف المراد من الإضافة في الموضعين فافترق الصلحان في الإضافة انتهى فعلى هذا فقول صدر الشريعة.

وأما الصلح فلا فرق فيه بين أن يكون عن إقرار أو إنكار في الإضافة محل نظر كما في حاشية يعقوب باشا، والدرر تتبع (و) صلح عن (دم عمد) لأنَّه إسقاط محض، والوكيل أجنبي سفير (وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة وإعارة وإيداع ورهن وإقراض) ولم يذكر الإستقراض لما مرَّ أنَّه لا يصح التوكيل به وعليه الفتوى (وشركة ومضاربة) فإنَّ الوكيل يضيف هذه العقود إلى موكله في عرف أهل المعاملة فتتعلق حقوق العقود فيها إلى الموكل دون الوكيل، ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلا يطالب) بفتح اللام (وكيل الزوج بالمهر) من قبل الزوجة (ولا) يطالب من قبل الزوج (وكيل المرأة بتسليمها) أي تسليم المرأة إلى الزوج إذ يلزم سقوط مالكيتها بعقد النكاح، والساقط يتلاشى مع أنَّها خلقت محلاً للنكاح فلا يخلو عن المالكية لنفسها (ولا) يطالب وكيل الخلع (ببدل الخلع) لما مر أنَّه سفير فيه (وللمشتري من الثمن عن الموكل) يعني إذا وكلَّ رجلاً ببيع شيء فباعه ثم أنَّ الموكل طلب من المشتري الثمن له منعه لأنَّ الموكل أجنبي عن العقد، والوكيل أصل في الحقوق، ولذا له أن يوكل الآخر بهذه الحقوق وإنْ لم يكن له حق التوكيل، والمراد من الموكل موكل وكيل ببيع ليس عبداً أو صبياً محجوررين لما مر، وفي البحر ولو كان الموكل دفع الثمن إلى الوكيل فاستهلكه، وهو معسر كان للبائع حبس السبيع ولا مطالبة له على الموكل، فإنْ لم ينفذ الموكل الثمن إلى البائع باع القاضي الجارية بالثمن إذا رضيا وإلاَّ فلا (فإنْ دفعه) أي إنْ دفع المشتري الثمن (إليه) أي إلى الموكل (صح) دفعه، ولو مع نهي الوكيل لأنَّه ملكه لا في الصرف إلاَّ إذا كان الموكل حاضراً عند عقد الصرف فالعقد ينصرف إليه بحضوره (ولا يطالبه الوكيل ثانياً) لأنَّ نفس الثمن المقبوض حق الموكل، وقد وصل إليه، ولا فائدة في الأخذ منه، ثم الدفع إليه.

. . . .

القهستاني (وصلح عن إنكار) لأنَّه فداء يمين للموكل دون إقرار لأنَّه مبادلة كما مر (ودم عمد وكتابة وعتق بمال، وهبة وصدقة وإعارة وإيداع ورهن واقراض) أي إعطاء قرض.

وأما الاستقراض فالتوكيل به باطل به يفتي كما في الخزانة، وقد مر في الإيمان (وشركة ومضاربة) واستيهاب واستعارة وارتهان (فلا يطالب) على المجهول (وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل الزوجة بتسليمها ولا ببدل الخلع) لما مر أنَّه سفير محض (وللمشتري) من البائع الوكيل (منع الثمن عن الموكل) لأنَّه أجنبي عن العقد، (فإن دفعه إليه صح) دفعه ولو مع نهي للوكيل استحساناً (ولا يطالبه الوكيل ثانياً) لعدم الفائدة في الأخذ ثم الدفع، (و) كذا (إن كان للمشتري على الموكل دين وقعت

إنْ كان له على الوكيل دين خلافاً لأبي يوسف ويضمنه الوكيل للموكل وإن كان دينه عليهما فالمقاصة بدين الموكل دون الوكيل.

باب الوكالة بالبيع والشراء

لا يصح التوكيل بشراء شيء يشمل أجناساً كالرقيق، والثوب والدابة أو ما هو كالأجناس

وإنما ذكر قوله، وللمشتري إلى هنا في هذا المحل مع أنَّ المناسب أن يذكر من تفريعات القسم الأول توطئة لما بعده (**وإن كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة به**) أي بثمن المبيع الذي باعه الوكيل للموكل بمجرد العقد لوصول الحق إليه بطريق التقاص، وهذا حيلة للوصول إلى دين لا يوصل إليه (**وكذا**) تقع المقاصة به (**إنْ كان له**) أي للمشتري (**على الوكيل دين**) عند الطرفين لكونه يملك الإبراء عنه عندهما (**خلافاً لأبي يوسف**) لأنَّ عنده لا يجوز الإبراء ولا تقع المقاصة (و) لكنه (**يضمنه الوكيل للموكل**) **في فصل المقاصة عندهما كما يضمنه في فصل الإبراء** (**وإن كان دينه**) أي دين المشتري (**عليهما**) أي على الموكل، والوكيل (**فالمقاصة بدين الموكل دون الوكيل**) لأنَّ المبيع ملك الموكل لا غير.

باب الوكالة بالبيع والشراء

أفردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج إليهما، وقدم الشراء لأنَّه ينبىء عن إثبات الملك والبيع ينبىء عن إزالته، والإزالة بعد الإثبات (**لا يصح التوكيل بشراء شيء يشمل أجناساً كالرقيق والثوب والدابة**) للجهالة الفاحشة فإنَّ الدابة اسم لما يدب على وجه الأرض لغة وعرفاً للخيل والبغل والحمار، فقد جمع أجناساً، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى

. . . .

المقاصة به) بمجرد العقد، هذا حيلة الوصول إلى دين لا يوصل إليه ذكره القهستاني (**وكذا إنْ كان له على الوكيل**) وحده (دين) عندهما (**خلافاً لأبي يوسف**) بناء على أنَّ الوكيل يملك الإبراء عندهما لا عنده (**ويضمنه الوكيل للموكل وإن كان دينه عليهما فالمقاصة**) تقع (**بدين الموكل دون**) دين (**الوكيل**) ولو أبرأه عن الثمن معاً بريء المشتري بإبراء الموكل دون وكيله. (**قلت**): ويستفاد من وقوع المقاصة بدين الوكيل لأنَّ الوكيل لو باع من داينه بدينه صح وبريء، وضمن الوكيل لموكله، وهي في الذخيرة كما في المنح، قال: ومثل الوكيل مأذون لا دين عليه مع مولاه.

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أنَّها إنْ عمت أو علمت أو جهلت جهالة يسيرة، وهي جهالة النوع المحض كفرس صحت وإن فاحشة، وهي جهالة الجنس كدابة بطلت، وإن متوسطة كعبد فإنْ بين الثمن والصفة كتركي صحت وإلاَّ لا.

ثم المراد بالجنس ما يشمل أصنافاً وبالنوع الصنف خلافاً لرأي المناطقة ولذا قال (**لا يصح التوكيل بشراء شيء يشمل أجناساً**) لأنَّها فاحشة (**كالرقيق**) لتنوعه لتركي وحبشي وهندي ذكر وأنثى (و)

كالدار وإنْ بين الثمن فإن سميَّ نوع الثوب كالهروي جاز وكذا إنْ سمَّى نوع الدابة كالفرس والبغل أو بين ثمن الدار أو المحلة أو بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركي أو ثمناً يعين نوعاً أو عمم فقال ابتع لي ما رأيت ولو وكله بشراء الطعام فهو على البر

الكساء، ولهذا لا تصح تسميته مهراً وكذا الرقيق لأنَّه شامل للذكر والأنثى المختلفين في بني آدم وإذا اشترى الوكيل وقع الشراء له كما في النهاية (أو) بشراء شيء يشمل (**ما هو كالأجناس كالدار وإنْ**) وصلية (**بين الثمن**) لأنَّه يتعذر الامتثال لأمر الموكل لأنَّ بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة، والمراد هنا بالجنس، ما يشمل أصنافاً، وبالنوع الصنف، لا ما اصطلح عليه أهل المنطق (**فإن سميَّ نوع الثوب كالهروي**) مثلاً (**جاز وكذا إنْ سميَّ نوع الدابة كالفرس والبغل**) جاز سواء ثمناً أو لا بالإجماع (**أو بين ثمن الدار أو المحلة**) يعني أنَّ وكل بشراء دارٍ وبين ثمنها ومحلتها جاز، واختلفوا في هذا المحل، وقد جعل صاحب الكنز الدار كالعبد موافقاً لقاضيخان، لكن شرط مع بيان الثمن بيان المحلة، وجعلها صاحب الهداية كالثوب فقال: وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس لأنَّها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والحمال والبلدان، فتعذر الامتثال، وإنْ سميَّ ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه انتهى، وفي الإصلاح والدار ملحقة بالجنس من وجه لأنَّها مختلفة بقلة المرافق وكثرتها فإنْ بين الثمن ألحقت بجهالة النوع، وإنْ لم يبين ألحقت بجهالة الجنس، والمتأخرون قالوا في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لأنَّها تختلف باختلافها، قال في البحر، وفي المعراج أنَّ ما في الهداية مخالف لرواية المبسوط قال: والمتأخرون من مشائخنا قالوا في ديارنا لا يجوز إلاَّ ببيان المحال انتهى، وبه يحصل التوفيق فيحمل ما في الهداية على ما إذا كانت تختلف في تلك الديار اختلافاً فاحشاً، وكلام غيره على ما إذا كانت لا تتفاحش انتهى، والمصنف اختار قول المتأخرين في الدار، ولهذا عطف بأو فقال أو بين ثمن الدار والمحلة والحاصل أنَّ جهالة الدار جهالة الجنس عند المتأخرين، وجهالة النوع عند المتقدمين فليحمل عبارة كل من الكنز، والهداية على كل من المذهبين تتبع (**أو بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركي**) يعني إذا وكل بشراء عبد تركي مثلاً يصح لأنَّ العبد معلوم الجنس من وجه، لكن من حيث منفعة الجمال كأنَّه أجناس مختلفة فإنَّ بين نوعه كالتركي يصح التوكيل (أو) بين (**ثمناً يعين نوعاً**) أو نوع العبد بالقلة والكثرة، يصح لأنَّ ذكر الثمن كذكر النوع في تقليل هذه الجهالة وإنْ لم يبين شيئاً منهما لم يصح التوكيل، ويلحق

. . . .

كذا (**الثوب والدابة أو**) كذا (**ما هو كالأجناس كالدار**) لاختلافهما باختلاف الأعراض والجيران، والمرافق والبلدان (**وإن بين الثمن فإن سمي نوع الثوب كالهروي جاز**) استحساناً (**وكذا إنْ سمي نوع الدابة كالفرس، والبغل أو بين ثمن الدار أو المحلة أو بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركي أو ثمناً يعين نوعاً أو عمم فقال ابتع لي ما رأيت جاز**) كقوله: اشتر لي أي ثوب شئت وأي دابة أردت، ولو

ودقيقه، وقيل على البر في كثير الدراهم وعلى الخبز في قليلها وعلى الدقيق في وسطها

بجهالة الجنس لامتناع الإمتثال لكن الأحسن ترك الصفة، وهو قوله يعين نوعاً لأنَّ النوع صار معلوم بمجرد تقديم الثمن، كما في الهداية، وفيه إشارة إلى أنَّه لو كان معلوم الجنس من وجه كالشاة، والبقر يصح، وإنْ لم يذكر الثمن وإلى أنَّ جهالة الوصف غير مانعة كما في القهستاني وإطلاقه شامل لما إذا كان ذلك الثمن نوعاً، أو لا وبه اندفع ما في الجوهرة حيث قال: وهذا إذا لم يوجد لهذا الثمن من كل نوع، أما إذا وجد فلا يجوز عند بعض المشائخ كما في المنح **(أو عمم فقال ابتع لي)** أي اشتر لي **(ما رأيت)** وفي الفرائد، وفي عطف قوله أو عمم صعوبة لأنَّه لا يناسب كونه معطوفاً على قوله أو بين جنس الرقيق، ولا كونه معطوفاً على قوله فإنْ سميَّ نوع الثوب جاز وفصله، ثم قال لو بينه بطريق الاستثناء بأنْ يقول إلاَّ أن يعمم لكان أسلم، وأظهر، ويدل على ما ذكرناه قول صاحب الهداية، ومن وكل رجلاً بشراء شيء ولا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه، ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الإيتمار إلاَّ أن يوكله وكالةً عامةً فيقول: ابتع لي ما رأيت لأنَّه فوض الأمر إلى رأيه فأي شيء يشتريه يكون ممتثلاً انتهى، لكنْ يمكن أن يكون معطوفاً على ما يفهم من الكلام السابق، وهو قوله: فإنْ سميَّ إلى هنا أي إنْ خصص جاز عند البيان أو عمم جاز، وإنْ لم يبين أو أنْ يكون، أو بمعنى إلاَّ أن كقولهم لا لزمنك أو تعطيني حقي أي إلاَّ أنْ تعطيني حقي **(ولو وكله بشراء الطعام فهو)** يقع **(على البر ودقيقه)** يعني دفع إلى آخر دراهم، وقال: اشتر لي طعاماً يشتري البر ودقيقه، والقياس أنْ يشتري كل مطعوم اعتباراً للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم، وجه الاستحسان أنَّ الطعام إذا قرن بالبيع والشراء يحمل على ما ذكر عرفاً ولا عرف للأكل فيبقى على الوضع، وفي العناية هذا في عرف أهل الكوفة، فإنَّ سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام.

وأما في عرف غيرهم فينصرف إلى كل مطعوم، وبه قالت الأئمة الثلاثة: وقال بعض المشائخ الطعام في عرفنا ينصرف إلى ما يمكن أكله يعني المعتاد للأكل كاللحم المطبوخ والمشوي أي ما يمكن أكله من غير أدام دون الحنطة والخبز، وقال صدر الشهيد: وعليه الفتوى كما في الظهيرة، وإنما قلنا دفع إلى آخره لأنَّه لو أمر بلا دفع له لا يصح التوكيل كما في القهستاني وأطلقه فشمل ما إذا كثرت الدراهم أو قلت **(وقيل)** يقع **(على البر في كثير الدراهم و)** يقع **(على الخبز في قليلها و)** يقع **(على الدقيق في وسطها)** قيل القليل مثل درهم إلى ثلاثة،

. . . .

قال: اشتر لي رقبة أو جارية للخدمة فشري عمياء أو مقطوعة اليدين لم تلزم موكله إجماعاً بخلاف العوراء أو مقطوعة إحدى اليدين. وكذا لو قال: اشتر لي جارية أطؤها أو استولدها فشرى رتقاء أو محرمة عليه، ولو برضاء أو كفر لم تلزمه **(ولو وكله بشراء الطعام فهو على البر ودقيقه وقيل على البر في**

وفي متخذ الوليمة على الخبز بكل حال، وصح التوكيل بشراء عين بدين له على الوكيل وفي غير العين إن هلك في يد الوكيل فعليه وإن قبض الموكل فهو له وقال هو لازم للموكل أيضاً وهلاكه عليه إذا قبضه الوكيل، وعلى هذا إذا أمره إن يسلّم ما عليه أو

والمتوسط مثل أربعة إلى خمسة أو سبعة فالسبعة، على هذا لم يكن من الكثير كما في القهستاني **(وفي متخذ الوليمة)** أي طعام العرس، والمتخذ بالفتح اسم زمان يقع **(على الخبز بكل حال)** سواء كثرت الدراهم أو توسطت أو قلت لأنَّ مدار الأمر في الكل العرف **(وصح التوكيل بشراء عين)** أي شيء معين **(بدين له)** أي للموكل **(على الوكيل)** يعني لو قال رب الدين للمديون اشتر لي هذا العبد مثلاً بألف لي عليك فاشتراه بأنْ يكون ملكاً للآمر حتى لو هلك في يد الوكيل يهلك مال الآمر لا على الوكيل لأنَّ في تعيين المبيع تعيين البائع، وفي تعيين البائع توكيله بقبض دينه من المديون أو لا لأجله ثم يقبضه لنفسه، فلا يوجد تمليك الدين من غير من عليه الدين، وكذا لو أمر شخص مديونه بالتصدق، بما عليه صح كما لو أمر الآجر المستأجر بمرمة ما استأجره مما عليه من الأجرة **(وفي غير العين)** أي لو قال ربُّ الدين للمديون اشتر لي بالألف عليك عبداً غير معين فالتوكيل باطل حتى **(إن)** اشترى و **(هلك في يد الوكيل فعليه)** أي على الوكيل لأنَّ الشراء نفذ عليه لا على الموكل **(وإن قبض الموكل فهو له)** أي للموكل، هذا عند الإمام **(وقال هو لازم للموكل أيضاً)** أي كما هو لازم له في المعين سواء قبضه الموكل أو لا **(وهلاكه)** أي المبيع **(عليه)** أي على الموكل **(إذا قبضه الوكيل)** لأنَّ الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً ألا ترى أنَّه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أنْ لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل، ويلزم الآمر، لأنَّ يد الوكيل كيده، وله أنَّها تتعين في الوكالات ألا ترى أنَّه لو قيد الوكالة بقبض العين منها أو الدين منها، ثم استهلك العين، وأسقط الدين عن المديون بالإبراء مثلاً تبطل الوكالة لانعدام المحل لتصرف الوكيل، ولم يلزم عليه إعطاء مثل الدين لأنَّ الاستهلاك، والاسقاط في حكم الأخذ والاستيفاء، وهذا المعنى في الاستهلاك ظاهر، ولذا قيد صاحب الهداية بالإستهلاك، وما في تعليل صاحب النهاية بأنَّ بطلان الوكالة مخصوص بالإستهلاك دون الهلاك مخالف لما في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت

. . . .

كثير الدراهم وعلى الخبز في قليلها وعلى الدقيق في وسطها وفي متخذ الوليمة على الخبز بكل حال) اعتباراً للعرف، وفي عرفنا يقع على المتهيأ للأكل وبه يفتي كما في التنوير **(وصح التوكيل بشراء عين)** كهذا العبد مثلاً **(بدين له)** أي للموكل **(على الوكيل)** وجعل البائع وكيلاً بالقبض دلالة فيبرأ الغريم بالتسليم إليه بخلاف غير المعين لأنَّ توكيل المجهول باطل، ولذا قال **(وفي غير العين)** لا يلزم الأمر وحينئذ **(إن هلك في يد الوكيل فعليه وإنْ قبضه الموكل فهو له)** وهذا عنده، **(وقالا هو لازم للموكل أيضاً وهلاكه عليه إذا قبضه الوكيل وعلى هذا)** الخلاف **(إذا أمره)** أي أمره الموكل الوكيل **(أن يسلم ما**

يصرفه ولو وكل عبداً ليشتري نفسه له من سيده فإن قال بعني نفسي لفلان فباع فهو له وإن لم يقلْ لفلان عتق، وإنْ وكل العبد غيره ليشتريه من سيده فإنْ قال الوكيل للسيد اشتريته لنفسه فباع عتق على السيد وولاؤه له وإن لم يقلْ لنفسه فهو للوكيل وعليه ثمنه،

الوكالة، وتمامه في العناية فليطالع، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أنْ يوكل بقبضه وذلك لا يجوز لأنَّه تمليك الوصف، وهو الوجوب في الذمة والوصف عرض لا يقبل التمليك (**وعلى هذا**) الخلاف (**إذا أمره**) أي أمر الموكل الوكيل (**أنْ يسلم ما عليه أو يصرفه**) يعني لو قال أسلم ما لي عليك إلى فلان في كذا صح اتفاقاً ولو قال إلى من شئت فعلى الخلاف، وكذا إذا أمره أنْ يصرف ما عليه، والحاصل أنَّه إنْ عين المسلم إليه ومن يعقد عقد الصرف صح بالإنفاق وفي العناية.

وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أنَّ التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس انتهى، لكن فيه تأمل (**ولو وكل عبداً ليشتري نفسه**) أي نفس العبد المأمور (**له**) أي للموكل (**من سيده**) بأنْ قال فلان لعبد: اشتر لي نفسك من سيدك بألف مثلاً (**فإن قال**) العبد المأمور لسيده (**بعني نفسي لفلان**) بألف (**فباع**) السيد (**فهو**) أي العبد (**له**) أي للموكل لأنَّ العبد يصلح لأنْ يشتري نفسه لنفسه، ويصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لكونه أجنبياً عن نفسه في حكم المالية فإذا أضاف العقد إلى الآمر صلح شراؤه للامتثال فيقع للآمر (**وإنْ لم يقل**) العبد (**لفلان عتق**) العبد لأنَّ المطلق يحتمل الوجهين، أحدهما هو الامتثال للآمر، والآخر هو التصرف لنفسه فلا يقع امتثالاً بالشك، فبقي التصرف واقعاً لنفسه، ثم إذا كان الشراء للآمر فلا بد من قبول العبد بعد قول المولى بعت، وإنْ وقع للعبد يكتفي بقول المولى بعت بعد قوله بعني نفسي لأنَّ الواحد يتولى طرفي العقد في العتق لا في البيع والثمن على العبد فيهما لا على الآمر (**وإنْ وكل العبد غيره ليشتريه من سيده فإنْ قال الوكيل للسيد اشتريته**) أي ذلك العبد (**لنفسه فباع**) السيد على هذا الحكم (**عتق**) العبد (**على السيد وولاؤه**) أي ولاء العبد (**له**) أي السيد لأنَّ بيع نفسه العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل، والمأمور سفير عنه إذ لا ترجع إليه الحقوق فصار كأنَّه اشترى بنفسه، والولاء للمولى، (**وإنْ لم يقلْ لنفسه**) عند اشترائه (**فهو**) أي العبد (**للوكيل**) لكون قوله مطلقاً فيقع التصرف لنفسه (**وعليه**) أي على المشتري (**ثمنه**) أي

عليه أو يصرفه) إلى فلان صح وإنْ لم يعين فلاناً لم يجز خلافاً لهما، وهذا بناء على تعيين النقود في الوكالات عنده، وعدم تعينها في المعاوضات عندهما، ومفاده عدم الفرق بين الهلاك والاستهلاك خلافاً للنهاية (ولو وكل) رجل (**عبداً ليشتري نفسه له**) أي لأجل الرجل (**فإنْ قال**) العبد (**بعني نفسي لفلان فباع**) المولى نفس العبد لفلان (**فهو له وإنْ لم يقلْ لفلان عتق**) لأنَّه أتى بتصرف آخر فنفذ عليه وعليه الثمن فيهما لزوال حجره بعقد باشره بإذن المولى (**وإنْ وكل العبد غيره ليشتريه من سيده**) بكذا أو دفع المبلغ (**فإنْ قال الوكيل للسيد: اشتريته لنفسه فباع عتق على السيد**) على ذلك المال (**وولاؤه له**) وكان الوكيل سفيراً (**وإن لم يقل لنفسه فهو**) ملك (**للوكيل وعليه ثمنه**) أيضاً لأنَّ الأول كسب عبده،

وما أعطاه العبد لأجل الثمن للمولى وإذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد اشتريت لك عبداً فمات وقال الموكل اشتريته لنفسك فالقول للموكل إن لم يكن دفع الثمن وإلاَّ فللوكيل، وللوكيل طلب الثمن من الموكل وإنْ لم يدفعه إلى البائع وحبس المشتري

ثمن العبد لكونه عاقداً (**وما أعطاه العبد**) للوكيل (**لأجل الثمن للمولى**) لأنَّه كسب عبده (**وإذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد اشتريت لك عبداً فمات**) أي العبد عندي (**وقال الموكل**) لا بل (**اشتريته لنفسك فالقول للموكل إن لم يكن**) أي إنْ لم يوجد (**دفع الثمن**) إلى الوكيل لأنَّه يدعي الثمن على الموكل، وهو ينكره فالقول للمنكر (**وإلاَّ**) أي وإنْ وجد دفع الثمن (**فللوكيل**) أي فالقول للوكيل لأنَّه أمين، فالقول للأمين مع اليمين، وقد أجمل المصنف في هذه المسألة فلا بد من التفصيل لأنَّه قال صاحب المنح وغيره: إنَّ العبد إنْ كان معيناً وهو حي فالقول للمأمور أنَّه اشتراه لموكله لا لنفسه إجماعاً سواء كان الثمن منقوداً أو لا لأنَّه أخبر عن أمر يملك استئنافه، والمخبر به في التحقق والثبوت يستغني عن الإشهاد فيصدق إنْ كان ميتاً والحال أنَّ الثمن منقود.

فكذلك الحكم لأنَّ الثمن كان أمانةً في يده، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة من الوجه الذي أمر به فكان القول له وإنْ لم يكن الثمن منقوداً فالقول للموكل لأنَّه أخبر عما لا يملك استينافه لأنَّ الميت ليس محلاً لإنشاء العقد به، وغرضه الرجوع بالثمن، والآمر منكر، فالقول له: وإنْ كان غير معين، وهو حي فقال المأمور اشتريته لك، وقال الآمر: بل اشتريته لنفسك فالقول للمأمور إنْ كان الثمن منقوداً لأنَّه يخبر عما يملك استينافه وإنْ لم يكن الثمن منقوداً فالقول للآمر عند الإمام، وعندهما القول للمأمور لأنَّه أخبر عما يملك استينافه فصح كما في المعين، وله أنَّه موضع تهمة بأنْ اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنَّه أمين، فيقبل قوله كما في المنح وغيره، فعلى هذا عبارة المصنف قاصرة، فالأولى أنْ يفصل تدبر (**وللوكيل**) بالشراء (**طلب الثمن من الموكل**) إذا اشترى وقبض المبيع (**وإنْ**) وصلية (**لم يدفعه**) أي الثمن (**إلى البائع**) إذ يجري بين الوكيل، والموكل مبادلة حكمية، ولهذا لو اختلفا في الثمن يتحالفان، ويرد الموكل على الوكيل بالعيب

....

ولذا قال: (**وما أعطاه العبد لأجل الثمن للمولى**) بل حتى تلزمه ألف أخرى في الصورة الأولى بدل الإعتاق كما على المشتري مثلها في الثانية لما قلنا (**وإذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد: اشتريت عبداً لك فمات، وقال الموكل: اشتريته لنفسك**) فإنَّ العبد معيناً وهي حي قائم فالقول للوكيل اتفاقاً مطلقاً لاخباره عن أمر يملك استيفاءه، وإنْ ميتاً والثمن منقود فكذلك وإلاَّ (**فالقول للموكل إنْ لم يكن دفع الثمن وإلاَّ**) بأن نقده (**فللوكيل**) كما قدمناه وكما لو كان العبد غير معين، والثمن منقود لأنَّه أمين وإلاَّ فللموكل للتهمة خلافاً لهما، فالمسألة على ثمانية أوجه، لأنَّ العبد إما معين أو لا، والثمن إما منقود أو لا، فهي أربعة وكل منهما إما حي أو لا وتدبر (**وللوكيل طلب الثمن من الموكل وإنْ لم يدفعه إلى البائع**

لأجله، فإن هلك قبل حبسه هلك على الآمر ولا يسقط ثمنه وإن بعد حبسه سقط، وعند أبي يوسف هو كالرهن وليس للوكيل بشراء عين شراؤه لنفسه، فإن شراه بخلاف جنس ما سمى من الثمن أو بغير النقود وقع له وكذا إنْ أمر غير هفشراه الغير بغيبته وإن شراه

فيصير الوكيل بائعاً من موكله حكماً فيطلب الثمن من موكله سواء دفعه إلى بائعه أو لا **(وحبس المشتري لأجله)** أي للوكيل بالشراء حبس ما اشتراه من موكله لأنْ يقبض ثمن المبيع وإنْ لم يدفع الثمن إلى بائعه لما علم أنَّ المبادلة الحكمية تجري بينهما وقال: زفر ليس له الحبس لأنَّ الموكل صار قابضاً بيده فحق الحبس يسقط، وفي التنوير ولو اشتراه الوكيل ينقد، ثم أجله البائع كان للوكيل المطالبة حالاً **(فإن هلك قبل حبسه هلك على الآمر)** أي إنْ هلك المشتري في يد الوكيل قبل أنْ يحبسه من موكله يهلك على مال الموكل لا الوكيل **(ولا يسقط ثمنه)** أي ثمن المبيع عن الموكل فيرجع الوكيل عليه لأنَّ يده كيد الموكل فإذا لم يحبس يصير الموكل قابضاً بيده **(وإنْ)** هلك المشتري في يد الوكيل **(بعد حبسه)** أي حبس الوكيل إياه **(سقط)** الثمن عند الطرفين لأنَّه بمنزلة البائع منه، وكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه **(وعند أبي يوسف هو كالرهن)** لأنَّه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أنْ لم يكن، وهو رهن بعينه بخلاف المبيع لأنَّ البيع ينفسخ بهلاكه، وهنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا: ينفسخ في حق الموكل، والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به، والحاصل أنَّ عندهما يسقط الثمن بهلاكه وعند أبي يوسف يهلك بالأقل من قيمته، ومن الثمن حتى لو كان أكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله، وعند زفر يضمن جميع قيمته **(وليس للوكيل بشراء عين شراؤه لنفسه)** ولا لموكل آخر لأنَّه يؤدي إلى تغرير الآمر من حيث أنَّه اعتمد عليه ولأنَّ فيه عزل نفسه، ولا يملكه إلاَّ بمحضر من الموكل كما في الهداية والتعليل الأول يفيد عدم الجواز بمعنى عدم الحل كما في البحر، وفسره الزيلعي بأنَّه لا يتصور شراؤه لنفسه، وهو مناسب للتعليل الثاني **(ولو اشتراه لنفسه عند غيبة الموكل ناوئاً أو متلفظاً)** وقع للموكل إلاَّ إذا باشر على وجه المخالفة فإنَّه وقع للوكيل، وعن هذا قال **(فإنْ شراه بخلاف جنس ما سمى)** الموكل له **(من الثمن أو بغير النقود)** بأن شراه بالعروض أو بالحيوان **(وقع)** الشراء **(له)** أي للوكيل لأنَّه خالف أمره فنقد عليه،

. . . .

و) له أيضاً (حبس) المتاع **(المشترى لأجله)** أي الثمن سواء دفعه من ماله أو لا للأذن حكماً ولو شراه بنقد، ثم أجله للبائع كان للوكيل المطالبة حالاً وهي الحيلة **(فإنْ هلك قبل حبسه هلك على الآمر، ولا يسقط ثمنه)** لأنَّ يده كيده (وإن) هلك **(بعد حبسه سقط)** أي الثمن لأنَّه كالمبيع عندهما **(وعند أبي يوسف هو كالرهن)** فيضمن بالأقل من قيمته، ومن الدين **(وليس للوكيل بشراء عين شراؤه لنفسه)** عند غيبته حيث لم يكن مخالفاً بخلاف الوكيل بالنكاح وإذا تزوجها لنفسه صح. **(فإن شراه بخلاف جنس ما سمي من الثمن أو بغير النقود وقع له)** للمخالفة، وينعزل في ضمن المخالفة، ذكره العيني وغيره

بحضرته فللموكل وفي غير المعين هو للوكيل إلاَّ أنْ أضاف العقد إلى مال الموكل أو أطلق ونوى له، ويعتبر في الصرف والسلم مفارقة الوكيل لا الموكل، ولو قال يعني هذا

وظاهر قوله بخلاف الجنس يقتضي أنْ لا يكون مخالفاً بما إذا سميَّ له ثمناً فزاد عليه أو نقص عنه لكن ظاهر ما في الكافي للحاكم أنَّه يكون مخالفاً فيما إذا زاد لا فيما إذا نقص عنه لأنَّه قال: وإنْ سمي ثمناً فزاد عليه شيئاً لم يلزم الآمر.

وكذلك إنْ نقص من ذلك الثمن إلاَّ أن لا يكون وصف له بصفة، وسمَّى له ثمناً فاشترى بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر **(وكذا)** يقع الشراء للوكيل **(إنْ أمر)** الوكيل **(غيره فشراه الغير)** الوكيل الثاني **(بغيبته)** أي بغيبة الوكيل الأول لمخالفة أمر الآمر لأنَّه مأمور بأن يحضر رأيه، ولم يتحقق ذلك في حال غيبته **(وإن شراه)** أي الوكيل الثاني **(بحضرته)** أي بحضرة الوكيل الأول **(فللموكل)** أي يقع شراؤه للموكل لأنَّه يحضر رأيه حينئذ، فلا يكون مخالفاً بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق إذا وكل غيره فطلق الثاني أو أعتق بحضرة الأول حيث لا ينفذ وإنْ حضر رأيه **(وفي غير المعين هو)** أي الشراء **(للوكيل)** يعني لو اشترى الوكيل بشراء شيءٍ غير معين شيئاً يكون الشراء للوكيل إذ الأصل أنح يعمل لنفسه **(إلاَّ إنْ أضاف العقد إلى مال الموكل)** بأنْ قال: اشتريت بهذا الألف وهو مال الآمر **(أو أطلق)** العقد بأن قال: اشتريت فقط **(ونوى)** الشراء **(له)** أي للموكل فيكون للموكل في الصورتين، وفي الهداية هذه المسألة على وجوه إنْ أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر، وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأنَّ فيه أي في النقد تفصيلاً، وخلافاً، وهذا بالإجماع وهو أي الجواب مطلق لا تفصيل فيه، وإنْ أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحال الوكيل على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة إذا الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً وعرفاً، وإنْ أضافه إلى دراهم مطلقة فإنْ نواها للآمر فهو للآمر وإنْ نواها لنفسه فلنفسه، لأنَّ له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل، وإنْ تكاذباً في النية يحكم النقد بالإجماع لأنَّه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وإنْ توافقا على أنَّه لم تحضره النية قال محمد: هو للعاقد لأنَّ الأصل أنَّ كل أحد يعمل لنفسه إلاَّ إذا ثبت جعله لغيره، ولم يثبت وعند أبي يوسف يحكم النقد فيه لأنَّ ما أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين فيبقى موقوفاً فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه، ولأنَّ ما تصادفهما به تحتمل النية للآمر، وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب، والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه انتهى **(ويعتبر في الصرف**

. . . .

والأصل أنَّ الشراء لم ينفذ على الآمر بل ينفذ على المأمور بخلاف البيع، ذكره في النهر، ومر في خيار الرؤية فليحفظ **(وكذا إنْ أمر غيره فشراه الغير بغيبته)** لما قلنا **(وإن شراه بحضرته فللموكل)** لأنَّه حضر رأيه فلم يكن مخالفاً **(وفي غير المعين هو للوكيل)** إلاَّ إنْ أضاف العقد إلى مال الموكل أو أطلق، ونوى له، ولو تكاذبا في النية حكم بالنقد اجماعاً ولو توافقا أنَّها لم يحضره فروايتان. **(ويعتبر في الصرف**

لزيد فباع ثم أنكر كون زيد أمر فلزيد أخذه إن لم يصدق إنكاره فإن صدقه لا يأخذه جبراً فإن سلمه المشتري إليه صح ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما يباع رطل بدرهم لزم موكله رطل بنصف درهم وعندهما يلزمه الرطلان بالدرهم ولو

والسلم مفارقة الوكيل لا الموكل) فيبطل عقدهما بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق من غير قبض ولا يبطل بمفارقة الموكل إذ القبض للعاقد، وهو ليس بعاقد، وما قيل من أنَّه إذا حضر الموكل مجلس العقد لا يعتبر مفارقة الوكيل ضعيف لكون الوكيل أصلاً في الحقوق في البيع مطلقاً كما في البحر قيد بالوكيل لأنَّ الرسول فيهما لا يعتبر مفارقته لأنَّ الرسالة في العقد لا في القبض، وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح **(ولو قال)** الوكيل بالشراء **(بعني هذا لزيد)** أي لأجله **(فباع ثم أنكر)** المشتري **(كون زيد أمر)** بعد إقراره بقوله لزيد **(فلزيد أخذه)** أي أخذ المبيع جبراً **(وإن لم يصدق إنكاره)** أي المشتري لأنَّ قول الوكيل بعني هذا لزيد إقرار منه بالوكالة فلا يلتفت إلى إنكاره للتناقض **(فإن صدقه)** أي زيد إنكاره بأن قال: لم آمره بالشراء **(لا يأخذه)** زيد **(جبراً)** لأنَّ إقرار المشتري ارتد برده **(فإن سلمه المشتري إليه)** أي إلى زيد **(صح)** لأنَّ البيع يوجد بينهما حكماً لأنَّ الوكيل ولو فضولياً كالبائع والموكل كالمشتري فصار بيعاً بالتعاطي **(ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما)** أي من اللحم الذي **(يباع رطل بدرهم لزم)** في هذا البيع **(موكله)** من اللحم **(رطل بنصف درهم)** عن الإمام قيد عما يباع رطل بدرهم لأنَّه لو اشترى لحماً لا يباع رطل بدرهم بل أقل يكون الشراء واقعاً للوكيل بالإجماع **(وعندهما)** وهو قول الأئمة الثلاثة **(يلزمه)** أي الموكل **(الرطلان بالدرهم)** لأنَّه أمره بصرف الدرهم في اللحم وفعل المأمور وزاده خيراً فصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين، وله أنَّه مأمور بشراء رطل مقدر، وليس بمأمور بشراء الزيادة فنفذ شراء رطل عليه، وشراء رطل على الموكل بخلاف ما استشهدا به لأنَّ الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له، قيل: إنَّ محمداً هنا مع الإمام في قول، قيد بالموزونات لأنَّ في القيميات لا ينفذ شيء على الموكل إجماعاً كما في البحر، وفي البزازية

. . . .

والسلم مفارقة الوكيل لا الموكل)، ولو حاضراً كما في المنح عن البحر خلافاً للعيني، وابن الملك واستشكله الزيلعي بأنَّ الوكيل أصيل في البيع، حضر الموكل أو لا، وأقره الشرنبلالي ورده الباقاني بأنَّ الوكيل نائبه فإذا حضر لم يعتبر النائب **(ولو قال بعني هذا لزيد فباع، ثم أنكر كون زيد أمره فلزيد أخذه إنْ لم يصدق إنكاره)**، لأنَّ قوله: بعني لزيد إقرار بتوكيله، **(فإن صدقه أنَّه لم يأمره (لا يأخذه جبراً)** لأنَّ الإقرار يرتد برده **(فإن سلمه المشتري إليه)** طوعاً **(صح)** بطريق التعاطي **(ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما يباع رطل بدرهم لزم موكله رطل بنصف درهم عنده وعندهما يلزمه الرطلان بالدرهم)**، وبقولهما: قالت الثلاثة، قلنا: إنَّه مأمور بأرطال مقدرة فينفذ الزائد على الوكيل

وكل بشراء عبدين بعينهما فشرى أحدهما جاز، وكذا إنْ وكل بشرائهما بألف وقيمتهما سواء فشريَّ أحدهما بنصفه أو بأقل وإن بأكثر لا وقالا يجوز أيضاً إن كان مما يتغابن فيه، وقد بقيَّ ما يشتري بمثله الآخر فإنْ شرى الآخر بما بقيَّ قبل الخصومة جاز اتفاقاً، فإن قال الوكيل بشراء عبد غير عين بألف شريته بألف وقال الموكل بنصفه فإن كان قد دفع إليه الألف صدق الوكيل إن ساوى الألف، وإن لم يكن دفعها فإن ساوى نصفها

أمر بأنْ يشتري بعشرة دنانير فاشتراه بمائتي درهم، وقيمة الدراهم مثل الدنانير لزم الموكل خلافاً لمحمد وزفر، ولو بعرض وقيمتها مثل الدراهم لا يلزم الآمر إجماعاً **ولو وكل بشراء عبدين بعينهما)** بلا ذكر ثمنهما **(فشرى)** المأمور للآمر **(أحدهما)** أي أحد العبدين بقيمة أو بنقصان **(جاز)** عن الآمر بالإجماع لأنَّ التوكيل مطلق فيجري على إطلاقه.

وكذا لا يتفق الجمع بينهما في الشراء إلا فيما لا يتغابن الناس فيه، وهو الغبن الفاحش لأنَّ التوكيل بالشراء بالمتعارف والمتعارف فيما يتغابن فيه الناس، فلهذا قلنا بقيمته أو بنقصان **(وكذا إنْ وكل بشرائهما)** أي بشراء عبدين بعينهما **(بألف وقيمتهما سواء فشرى)** المأمور **(أحدهما)** أي أحد العبدين **(بنصفه)** أي بنصف الألف **(أو بأقل)** من نصف الألف جاز، لأنَّه قابل الألف بهما، وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة فكان أمراً بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة، وبأقل منهما مخالفة إلى خير فوقع عن الآمر **(وإن)** شرى **(بأكثر)** من نصف الألف **(لا)** يجوز أي لا يقع عن الآمر بل عن المأمور لأنَّه مخالفة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت، وهذا عند الإمام **(وقالا يجوز)** الشراء بأكثر **(أيضاً)** كما يجوز بنصفه أو أقل **(إن كان)** شراؤه **(مما يتغابن)** الناس **(فيه، وقد بقيَّ ما يشتري بمثله الآخر)** لأن التوكيل مطلق فيحمل على المتعارف كما بيناه، ولكن لا بد أنْ يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر **(فإنْ شرى)** الوكيل العبد **(الآخر بما بقيَّ)** من الثمن **(قبل)** وقوع **(الخصومة)** بينهما **(جاز اتفاقاً)** لحصول المقصود، وهو شراء العبدين بالألف **(فإن قال الوكيل بشراء عبد غير عين)** أي غير معين **(بألف)** درهم **(شريته)** أي العبد **(بألف وقال الموكل)** بل شريته **(بنصفه)** أي بنصف الألف، وهو خمسمائة وليس لهما برهان **(فإن كان قد دفع)** الموكل **(إليه)** أي إلى الوكيل **(الألف صدق الوكيل إن ساوى)** قيمة العبد **(الألف)** لأنَّه أمين،

. . . .

ولو شرى مما لا يساوي ذلك وقع للوكيل إجماعاً كغير موزون **(ولو وكل بشراء عبدين بعينهما)** أو بغير عينهما إذا نواه للموكل كما مر **(فشرى أحدهما جاز)** لو بقدر قيمته أو بزيادة يسيرة وإلاَّ لا **(وكذا إن وكل بشراً لهما بألف وقيمتهما سواء فشرى أحدهما بنصفه أو بأقل وإنْ بأكثر)** ولو يسيراً **(لا)** بل يقع عن الوكيل **(وقالا يجوز أيضاً إنْ كان مما يتغابن فيه وقد بقي ما يشتري بمثله الآخر)** ليحصل غرض الآمر **(فإنْ شرى الآخر بما بقي قبل الخصومة جاز اتفاقاً)** لحصول المقصود **(فإن قال الوكيل بشراء عبد غير عين بألف شريته بالألف وقال الموكل: بنصفه فإنْ كان قد دفع إليه الألف صدق الوكيل إن ساوى**

صدق الموكل وإن ساواها تحالفاً والعبد للمأمور، وكذا في معين لم يسم له ثمناً فشراه واختلفا في ثمنه، ولا عبرة لتصديق البائع في الأظهر.

وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والموكل يدعي ضمان نصف ما دفع إليه وهو منكر، وإنْ لم يساو قيمة العبد الألف بل يساوي نصفه صدق الموكل بلا حلف لأنَّه أمره بشراء عبد بالألف، والمأمور اشترى بغبن فاحش والأمر يتناول ما يساويه فيضمن المأمور خمسمائة **(وإن لم يكن دفعها)** أي دفع الموكل الألف إلى الوكيل وباقي المسألة بحاله **(فإن ساوى)** قيمة العبد **(نصفها)** أي نصف الألف **(صدق الموكل)** بلا يمين لأنَّ المأمور خالف الأمر **(وإن ساواها)** أي إنْ ساوى قيمة الألف **(تحالفا)** لأنَّ الموكل هنا كالبائع والوكيل المشتري، وقد وقع الإختلاف في الثمن فيجب التحالف، ويفسخ العقد **(والعبد للمأمور)** في الصورتين **(وكذا في معين لم يسم له ثمناً فشراه واختلفا في ثمنه)** يعني إذا قال له: اشتر هذا العبد لي ولم يسم ثمناً فاشتراه المأمور ثم اختلفا في ثمنه فقال المأمور: اشتريته بألف، وقال الآمر: بل بخمسمائة، وليس لهما برهان يلزمه التحالف كما في المسألة الأولى، فإنْ نكلا فللوكيل، وإنْ نكل أحدهما فلمن نكل **(ولا عبرة لتصديق البائع)** المأمور **(في الأظهر)** قيل لأنَّ البائع إنْ استوفى الثمن فهو أجنبي عنهما وإنْ لم يستوف فهو أجنبي عن الآمر فلا مدخل له، وهذا قول الإمام أبي منصور، وفي الهداي، وهو الأظهر وفي الكافي وهو الصحيح، وقيل لا تحالف هنا لارتفاع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد، وفي المسألة الأولى هو غائب فاعتبر الإختلاف وإلى هذا مال الفقيه أو الليث، وقاضيخان، وهو الأصح وفي التنوير ولو اختلفا في مقدار الثمن الذي عينه له فقال الآمر: أمرتك بشرائه بمائة فقال المأمور: بألف فالقول للآمر مع يمينه، والعبد للمأمور فإنْ برهنا قدم برهان المأمور ولو أمره بشراء أخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر: ليس هذا بأخي فالقول للآمر مع يمينه، ويكون الوكيل مشترياً لنفسه، وعتق العبد على الوكيل لزعم أنَّه أخ الموكل، وعتق على موكله فيؤاخذ بذلك كما في البحر.

. . . .

الألف) لأنَّه أمين وإن لم يساوها فللموكل **(وإن لم يكن دفعها فإن ساوى نصفها صدق الموكل)**، بلا يمين **(وإن ساواها تحالفا)** وفسخ العقد، **(و)** يكون **(العبد للمأمور)** لما مر من الأصل **(وكذا)** الحكم **(في)** شراء شيء **(معين لم يسم له ثمناً فشراه واختلفا في ثمنه، ولا عبرة لتصديق البائع في الأظهر)** لوقوع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف.

فـــرع

وكله بشراء أخيه ثم قال الموكل: ليس هذا بأخي فالقول له: ويكون الوكيل مشترياً لنفسه، وعتق عليه لزعمه عتقه على موكله فيؤاخذ به.

فصل

لا يصح عقد الوكيل بالبيع أو الشراء مع من ترد شهادة له، وقالا يجوز بمثل القيمة إلاَّ في العبد والمكاتب. والوكيل بالبيع يجوز بيعه بما قل أو كثر وبالعرض وقالا لا يجوز إلاَّ بمثل

فصـــل

في بيان أحكام من يجوز للوكيل أنْ يعقد معه، ومن لا يجوز (**لا يصح عقد الوكيل بالبيع أو الشراء مع من ترد شهادة له**) كأصله وفرعه وزوجه وزوجته وسيده وعبده ومكاتبه، وشريكه فيما يشتركانه عند الإمام (**وقالا يجوز**) العقد (**بمثل القيمة إلاَّ في العبد والمكاتب**) لأنَّ التوكيل مطلق، ولا تهمة إذا الأملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد الذي لا دين عليه لأنَّه بيع من نفسه لأنَّ ما في يد العبد للمولى.

وكذا حق في كسب المكاتب، وينقلب حقيقة بالعجز، وله أنَّ مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة لأنَّ كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار بيعاً من نفسه من وجه ودخل في البيع الإجارة والصرف والسلم، فهو على هذا الخلاف إلاَّ إذا أطلق الموكل بأن قال له: بع ممن شئت فيجوز بيعه من هؤلاء المذكورين بمثل القيمة كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة بلا خلاف كما في المنح، وفي النهاية وإنْ كان بأقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع وإنْ كان البيع بغبن يسير لا يجوز عند الإمام ويجوز عندهما وإنْ كان بمثل القيمة فعن الإمام روايتان (**والوكيل بالبيع يجوز بيعه**) من غير هؤلاء (**بما قل**) من الثمن ولو غبناً فاحشاً لأنَّ المبيع بالغبن الفاحش معتاد عند الإحتياج إلى النقد وبالكثير من القيمة (**أو كثر**) وإنما ذكره ليناول كل بدل فإنَّ القلة أمر إضافي فلم يكن ذكره استطرادياً كما قيل (**و**) كذا يجوز بيعه (**بالعرض**) سواء قل أو كثر من القيمة عند الإمام لأنَّه بيع مطلق، وقد وجد به خالياً عن التهمة فيجوز (**وقالا لا يجوز**) بيعه (**إلاَّ بمثل القيمة وبالنقود**) أي لا يجوز بيعه من غير هؤلاء بنقصان لا يتغابن الناس فيه، ولا يجوز إلاَّ بالدراهم والدنانير، لا بالعرض عندهما، لأنَّ مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأنَّ التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقع الحاجة، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد،

. . . .

فصـــل

(**لا يصح عقد الوكيل بالبيع أو الشراء**) والإجارة والصرف والسلم ونحوها (**مع من ترد شهادته له**) كأصوله وفروعه (**وقالا: يجوز بمثل القيمة إلاَّ في العبد والمكاتب**) إلاَّ إذا أطلق له الموكل كبيع ما شئت فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة اتفاقاً كما يجوز بأكثر منها (**والوكيل بالبيع**) من غير من ترد شهادته له (**يجوز بيعه بما قل أو كثر وبالعرض، وقالا: لا يجوز إلاَّ بمثل القيمة وبالنقود**) وبه يفتي كما في

القيمة وبالنقود، ويجوز بيعه بالنسيئة وبيع نصف ما وكل ببيعه وأخذه بالثمن كفيلاً أو رهناً فلا يضمن إنْ توى ما على الكفيل أو ضاع الرهن في يده، ولو وهب الثمن من المشتري أو أبرأه منه أو

والأضحية بزمان الحاجة ولأنَّ البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، ولذا لو صدر من المريض يعتبر من الثلث.

وكذلك المقايضة فلا يتناوله مطلق إسم البيع قال أبو المكارم: وبيع المضارب والمفاوض وشريك العنان بغبن فاحش يصح، على هذا الخلاف أما بيع الولي كالأب والجد والوصي والقاضي لا يصح بالأقل إلا بما يتغابن فيه بالإتفاق كما في العمادية (**ويجوز بيعه بالنسيئة**) إنْ كان ذلك التوكيل بالبيع للتجارة عند الإمام، وإنْ كان الأجل غير متعارف لما مر أنَّه بيع مطلق خالياً عن التهمة فيجوز، وعندهما لا يجوز إلاَّ بالأجل المتعارف لأنَّ المطلق ينصرف إلى المتعارف، وعند الأئمة الثلاثة يجوز بثمن المثل، وبنقد البلد حالاً فإنْ كانت النقود مختلفة يعتبر الأغلب، وإنما قيدنا للتجارة لأنَّه لو لم يكن لها بل كان لحاجة لا يجوز كالمرأة إذا دفعت غزلاً إلى رجل ليبيعه لها يتعين النقد، وفي المنح وبه يفتي وهو مذكور في الخلاصة، وكثير من المعتبرات لأنَّ الموكل قال بعه فإني محتاج إلى ثمنه وهو لو صرح بذلك لم يجز بيعه نسيئة كما في النتف وينبغي أن يكون الحكم كذلك في كل موضع قامت الدلالة على الحاجة انتهى، وفي البحر لو قال بعه إلى أجل فباعه بالنقد قال السرخسي: الأصح أنَّه لا يجوز بالإجماع (**و**) يجوز (**بيع نصف ما وكل ببيعه**) كالعبد والفرس عند الإمام، لأنَّ اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع والافتراق فيعمل بإطلاقه، وعندهما والأئمة الثلاثة لا يجوز لما فيه من ضرر الشركة إلاَّ أنْ يبيع النصف الآخر قبل أنْ يختصما لاندفاع الضرر قبل نقض العقد الأول، وبهذا ظهر أنَّ الخلاف في الذي يتضرر بالتفريق والتقسيم، وإلاَّ يجور كالبر والشعير إذ ليس في تفريقه ضرر أصلاً كما في الإصلاح، ولذا قلنا كالعبد والفرس (**و**) يجوز (**أخذه**) أي أخذ الوكيل بالبيع (**بالثمن كفيلاً أو رهناً**) للاستيثاق (**فلا يضمن**) الوكيل الثمن للموكل والقيمة للراهن (**إنْ توى**) أي هلك (**ما على الكفيل**) من الثمن (**أو ضاع الرهن في يده**) أي الوكيل لأنَّ الوكيل أصيل في الحقوق، وقبض الثمن منها والكفالة توثق به، والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنَّه يفعل نيابة، وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن، والوكيل بالبيع يقبض أصالة، ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن كما في الهداية وفي المنح،

....

البزازية، (**ويجوز بيعه بالنسيئة**) إن للتجارة وإن للحاجة لا كامرأة دفعت غزلاً لرجل ليبيعه لها تعين النقد وبه يفتي كما في الخلاصة، وهذا إذا باع بما يبيع الناس فلو طول المدة لم يجز عند أبي يوسف وعليه الفتوى، (**و**) يجوز (**بيع نصف ما وكل ببيعه**) وإنْ ضره التبعيض كالعبد كما في القهستاني عن الحقائق (**و**) يجوز (**أخذه بالثمن كفيلاً أو رهناً فلا يضمن**) الوكيل (**إنْ نوى**) أي هلك (**ما على الكفيل أو ضاع الرهن في يده**) والمكفول عنه مفلساً (**ولو وهب**) الوكيل (**الثمن من المشتري أو أبرأه منه أو حط**

حط منه جاز ويضمن، وعند أبي يوسف لا يجوز، وكذا الخلاف لو أجله أو قبل به حوالة ولو أقاله صح وسقط الثمن عن المشتري ولزم الوكيل، وعند أبي يوسف لا يسقط عن المشتري والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة وبزيادة يتغابن بها وهيَّ ما يقول به مقوم وقدر في العروض «ده نيم» وفي الحيوان «ده يازده» وفي العقار «ده دوازده»، لا

وهو مخالف لما في الخلاصة من أنَّ الوكيل بقبض الدين له أخذ الكفيل، فيجمل كلام الهداية على أخذ الكفيل بشرط البراءة فهو حوالة لا يجوز للوكيل بقبض الدين قبولها كما صرح به في البزازية والمراد بعدم الضمان عدمه للموكل، وإلاَّ فالدين قد سقط بهلاك الرهن إذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ رهناً، فضاع فإنَّه لا يسقط من دين الموكل شيء ولا ضمان على الوكيل انتهى (**ولو وهب**) الوكيل (**الثمن من المشتري أو أبرأه منه أو حط منه**) أي بعض الثمن (**جاز**) عند الطرفين (**ويضمن**) الوكيل الثمن كله لموكله في الحال (**وعند أبي يوسف لا يجوز**) كل من الهبة والإبراء والخط إذ لا ملك له، ولا أمر له فيما فعل، ولم يجز ولهما أنَّ حقوق العقد راجعة إلى العاقد، وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها، ودفع الضرر حاصل بتضمينه في الحال على وجه الكمال (**وكذا الخلاف لو أجله**) أي الثمن (**أو قبل به**) أي بالثمن (**حوالة**) قال قاضيخان: ولم يذكر التأجيل في الأصل، **قيل** يجوز التأجيل في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضاً كما لو باع بثمن مؤجل، وقيل لا يجوز واختاره المصنف فلذا قال: وكذا الخلاف لو أجله (**ولو أقاله**) الوكيل بالبيع (**صح**) عقد الإقالة (**وسقط الثمن عن المشتري ولزم**) الثمن (**الوكيل**) عند الطرفين لأنَّه عاقد فيصح تصرفه فيضمن الثمن للموكل قيدنا بالبيع لأنَّ الوكيل بالشراء لا يملك الإقالة اتفاقاً هذا إذا لم يقبض الثمن فلو قبضه ثم أقاله لا يصح، وكذا إذا كان على الوكيل دين لرجل فأحاله على المشتري ليأخذ الثمن ثم أقال، لا يصح كما في شرح المجمع (**وعند أبي يوسف لا يسقط عن المشتري**(لأنَّه إضرار للموكل فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشتري إلاَّ أنَّ الإقالة لما كانت عنده بيعاً صار الوكيل مشترياً من المشتري المبيع فكان الوكيل مديوناً للمشتري مثل الثمن الأول كما في شرح المجمع (**والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة**) أو بأقل منها، وهو ظاهر لا يحتاج إلى البيان (**و**) يجوز (**بزيادة يتغابن بها وهيَّ**) أي الزيادة التي يتغابن بها (**ما يقول به مقوم**) بأنَّ قومه عدل مثلاً

. . . .

منه جاز ويضم) الوكيل الثمن كله في الحال في الفصول كلها عندهما (**وعند أبي يوسف لا يجوز**)، قلنا: حقوق العقد للعاقد وهذه منها، (**وكذا الخلاف لو أجله أو قبل به حوالة ولو أقاله صح وسقط الثمن عن المشتري ولزم الوكيل، وعند أبي يوسف لا يسقط عن المشتري**)، وهذه من مسائل المجمع دون بقية المنون، وقد بسطه الباقاني (**والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة وبزيادة يتغابن بها وهي ما يقوم به مقوم**) واحد دون الكل (**وقدر في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده**)

بما لا يتغابن بها ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه جاز وقالا لا يوز إلاّ أن باع الباقي قبل الخصومة وهو استحسان، وإنْ وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزم الموكل إلاّ أنْ

بعشرة، وعدل آخر بتسعة فاشتراه بعشرة يدخل تحت تقويم مقوم وقدروه في العروض بزيادة نصف في العشرة، وفي الحيوان بدرهم وفي العقار بدرهمين فهو الغبن اليسير فلزم الموكل، وعن هذا قال **(وقدر في العروض «ده نيم» وفي الحيوان «ده يازده» وفي العقار «ده دوازده»)** هذا فيما لم يكن له قيمة معلومة كالعبد، والدواب وغيرهم وأما ما له قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرها فلا يحتاج إلى تقويم مقوم فلا يدخل تحته حتى إذا زاد الوكيل بالشراء شيئاً قليلاً كالفلس لا ينفذ على الموكل لظهور المخالفة، وبه يفتي كما في البحر وغيره فعلى هذا لو قيد قوله: وهو ما يقوم به مقوم بأنْ لم يعرف سعره لكان أولى تدبر **(لا بما لا يتغابن بها)** أي لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش لجواز اشترائه لنفسه، ثم لغلاء ثمنه يحوله على الآمر، وهذه التهمة لا توجد في الوكيل بالبيع أطلقه فشمل ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش وإنْ كان لا يملك الشراء لنفسه بالمخالفة يكون مشترياً لنفسه، وكانت التهمة باقية كما في التبيين لكن في الهداية خلافه فإنَّه قال: حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنَّه يملك شراءه لنفسه، وفي العناية إنَّ ما في الهداية قول عامة المشائخ، وبعضهم قال: لا ينفذ على الآمر تتبع **(ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه جاز)** عند الإمام لما قررناه آنفاً **(وقالا لا يجوز)** بيعه بما يتعيب بالشركة كالعبد لا بما لا يتعيب كالبر فإنَّه يجوز بالإتفاق كما مر **(إلاّ إنْ باع الباقي قبل الخصومة)** أي قبل الاختصام إلى القاضي ونقض القاضي البيع فحينئذ يجوز لعوده إلى الوفاق **(وهو)** أي جوازه إن باع الباقي قبل الخصومة **(استحسان)** عندهما.

وإنما ذكر هذه المسألة مع أنَّها قد ذكرت فيما تقدم بقوله وبيع نصف ما وكل ببيعه جاز توطئة لقول الإمامين، والمسألة التي تليها وهو التوكيل بشراء عبد لأنَّ المسألة الأولى تذكر بلا خلاف فيتوهم أنَّها متفق عليها فذكرها لدفع التوهم لكن الأولى أنْ يتركها فيما سبق، وذكرها هنا جميعاً كما وقع في الهداية تدبر **(وإنْ وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزم الموكل)** لما فيه

. . . .

لكثرة وقوع التصرف في الأول وقلته في الأخير وتوسطه في الأوسط، أي في العشرة زيادة نصف أو درهم أو درهمان وجامعه عن جانب، فالعين والحاء والقاف، إشارة إلى العرض، والحيوان والعقار والنون والألف والباء إشارة إلى نصف، ودرهم ودرهمين وهذا فيما ليس له قيمة معلومة في البلد فلو معلمة كخبز ولحم لم تلزمه الزيادة ولو فلساً واحداً، لأنَّ اعتبار التقويم فيما يحتاج إليه، ذكره القهستاني وغيره **(لا)** يجوز شراؤه **(بما لا يتغابن بها)** لتهمة أنَّه شراه لنفسه، ثم ألحقه بأمره ووجد هذا في نسخة مقدماً وهو قول بعضهم، لكنَّ الأول أشهر، وفي نسخة، وما يدخل تحت تقويم المقومين مؤخراً عن التقدير المذكور **(ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه جاز وقالا لا يجوز إلاّ إن باع الباقي قبل الخصومة وهو)** أي قولهما **(استحسان)** كما في الهداية وظاهره ترجيح قولهما، والمفتي به خلافه كما

اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقاً ولو رد المبيع على الوكيل بعيب بقضاء رده على آمره مطلقاً فيما لا يحدث مثله، وكذا فيما يحدث مثله إن ببينة أو نكول وإن بإقرار فلا ولزم الوكيل ولو باع بنسيئة وقال الموكل أمرتك بالنقد وقال بل أطلقت صدق الموكل وفي

من ضرر الشركة (**إلاّ أنْ اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقاً**) لأنَّ شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين اثنين فينفذ على الموكل بالاتفاق، والفرق للإمام بين البيع والشراء أنَّ الأمر في البيع صادف ملكه فاعتبر فيه إطلاقه بخلاف الأمر بالشراء، وقال زفر يلزم الوكيل مطلقاً أطلقه فشمل ما إذا كان العبد معيناً أو لا لأنَّه خالفه بشراء نصف فلا يلزم الموكيل إلاّ بعد شرائه فبهذا ظهر عدم صحة ما قيل، ينبغي أنْ لا يتوقف شراء النصف إذا كان التوكيل بشراء شيء بعينه تأمل (**ولو رد المبيع**) أي رد المشتري المبيع (**على الوكيل بعيب بقضاء**) أي بقضاء القاضي (رده) الوكيل (**على آمره مطلقاً**) سواء كان بسبب البينة من قبل المشتري أو بنكول الوكيل حين توجه عليه اليمين أو إقرار الوكيل عند القاضي (**فيما**) أي في عيب (**لا يحدث مثله**) لأنَّ البينة حجة مطلقة، والوكيل مضطرب في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته البيع فلزم الآمر.

فكذا بإقراره فيما لا يحدث مثله لأنَّ القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج، ثم إنَّ اشتراطها فيما كان تاريخ البيع مشتبهاً على القاضي أو كان العيب مما لا يعرف إلاّ النساء أو الأطباء فإنَّ قولهن، وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إلى إحدى هذه الحجج للرد حتى لو علم القاضي تاريخ البيع، والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها كما إذا كان العيب مما لا يحدث أصلاً كإصبع زائدة لا حاجة إلى الحجة.

وإنما قال بقضاء لأنَّه إنْ كان الرد بغير قضاء ليس له الرد على الموكل، ولا الخصومة معه كما في عامة روايات المبسوط (**وكذا**) يرد الوكيل على الآمر (**فيما**) أي في عيب (**يحدث مثله**) في هذه المدة (**إن**) كان قضاء القاضي (**ببينة أو نكول**) عن يمين لما تقدم آنفاً (**وإن**) كان قضاء القاضي (**بإقرار**) الوكيل (**فلا**) يرده على آمره (**ولزم الوكيل**) لأنَّ الإقرار حجة قاصرة فيظهر حق المفردون غيره، والوكيل غير مضطر إليه لأنَّه يمكنه السكوت والنكول، ولكن له أنْ

. . . .

في البحر، وقيد بالعبد لأنَّ ما لا يضره التبعيض يجوز اتفاقاً، وقد علم مما مر (**وإنْ وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزم**) الشراء (**الموكل**) بل الوكيل (**إلاّ إنْ اشترى**) الوكيل (**باقيه قبل الخصومة**) مع الموكل فيلزم الموكل (**اتفاقاً**) لحصول المقصود (**ولو رد المبيع على الوكيل بعيب بقضاء رده على آمره مطلقاً**) سواء رده القاضي ببينة أو نكول أو إقرار، وهذا (**فيما لا يحدث مثله**) كسن أو أصبع زائدة. (**وكذا فيما يحدث مثله إنْ ببينة أو نكول و**) أما (**إنْ**) كان (**بإقرار فلا ولزم الوكيل**) لأنَّ الإقرار حجة قاصرة (**فلو باع بنسيئة، وقال الموكل: أمرتك بالنقد وقال**) الوكيل (**بل أطلقت صدق الموكل و**) صدق

المضاربة المضارب ولا يصح تصرف أحد الوكيلين وحده فيما وكلا به إلاّ في خصومة ورد وديعة وقضاء دين وطلاق وعتق لا عِوض فيهما وليس للوكيل أنْ يوكل غيره إلاّ

يخاصم الموكل إنْ كان الرد عليه بقضاء فيلزمه ببينة أو بنكول، وإنْ كان بغير قضاء ليس له أنْ يخاصم الموكل لأنَّه فسخ للبيع بالتراضي فيكون بيعاً جديداً في حق غيرهما، والموكل غيرهما **(ولو باع)** الوكيل **(بنسيئة)** أي إلى أجل **(وقال الموكل أمرتك بالنقد وقال)** الوكيل لا **(بل أطلقت)** أي أمرتني بالبيع من غير تقييد بالنقد **(صدق الموكل)** مع اليمين لأنَّ الأمر مستفاد من الآمر، ولا مساعدة بدلالة اللفظ على ما قاله المأمور **(وفي المضاربة)** صدق **(المضارب)** لأنَّ الأصل في المضاربة العموم والإطلاق فيعتبر قوله مع اليمين بخلاف ما إذا ادعى ربُّ المال المضاربة في نوع، والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لربِّ المال **(ولا يصح تصرف أحد الوكيلين وحده فيما وكلا به)** لعدم رضى الموكل إلاَّ برأيهما معاً. وفي المنح أطلقه فشمل ما إذا كان أحدهما حراً بالغاً عاقلاً، والآخر عبداً أو صبياً محجوراً عليه لكنَّه مقيد بما إذا وكلهما بكلام واحد، أما إذا كان توكيلهما على التعاقب فإنَّه يجوز لأحدهما الإنفراد لأنَّه رضي برأي كل واحد منهما على الإنفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لأحدهما أنْ ينفرد بالتصرف على الأصح، انتهى لكن في الشمني خلاف ما في المنح لأنَّه قال لو باع أحدهما، والآخر حاضر يجوز، ولو كان الآخر غائباً فأجاز لم يجز عند الإمام خلافاً لأبي يوسف، ولو كان أحدهما صبياً أو عبداً محجوراً فللآخر أنْ ينفرد بالتصرف، ولو مات أحدهما أو زال عقله ليس له ذلك تتبع، وفي الخانية رجل قال لرجلين، وكلت أحدكما بشراء جارية لي بألف درهم فاشترى أحدهما ثم اشترى الآخر، فإنَّ الآخر يكون مشترياً لنفسه، ولو اشترى كل واحد منهما جارية ووقع شراؤهما في وقت واحد كانت الجاريتان للموكل وعليه الفتوى كما في البحر **(إلاّ في خصومة)** فإنَّ لأحدهما أنْ يخاصم وحده لأنَّ الاجتماع فيها متعذر لافضائه الشغب في مجلس القضاء خلافاً لزفر والشافعي وظاهره أنَّه إذا خاصم أحدهما لم يشترط حضرة الآخر، وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعها وهو ساكت كما في التبيين وغيره، وبه ظهر أن ما ذكره ابن الملك من اشتراط الحضرة ضعيف كما في البحر لكن لا بد من مباشرة رأي الآخر حتى لو باشر أحدهما بدون رأي الآخر لا يجوز عندنا كما ذكره العيني، فعلى هذا يمكن حمل ما في ابن ملك على الرأي فيكون موافقاً لقول العامة، وهو أولى من الحمل على الضعف تدبر **(ورد وديعة)** وفي البحر، ولو قال ورد عين لكان أولى فإنَّه

. . . .

(في المضاربة المضارب) عملاً بالأصل في كل منهما إذ الأصل في الوكالة الخصوص، وفي المضاربة العموم، (و) اعلم أنَّه **(لا يصح تصرف أحد الوكيلين وحده فيما وكلا به)** أي بكلام واحد في كل تمليك ببدل كطلاق بعوض (إلاّ) فيما إذا وكلهما على التعاقب بخلاف الوصيين كما يأتي في بابه و **(في خصومة)** بشرط رأي الآخر لا حضرته على الصحيح، إلاَّ إذا انتهيا إلى القبض فحتى يجتمعان كما في الجوهرة (و) في **(رد وديعة وقضاء دين)** عليه **(وطلاق)** زوجته **(وعتق)** عبده **(لا عوض فيهما)** فلو

بإذن موكله أو بقوله إعمل برأيك فإنْ أذن فوكل كان الثاني وكيل الموكل الأول لا الثاني فلا ينعزل بعزله ولا بموته وينعزلان بموت الأول وإن وكل بلا إذن فعقد الثاني بحضرته

لا فرق بين رد الوديعة، والعارية والمغصوب، والبيع الفاسد كما في الخلاصة لكن يمكن بأن رد عارية، وغصب داخل في رد وديعة حكماً، والبيع الفاسد في حكم الغصب، فاكتفى بذكرها تدبر قيد بالرد للاحتراز عن الاسترداد فليس لأحدهما القبض بدون صاحبه **(وقضاء دين وطلاق وعتق لا عوض فيهما)** وكذا تعليق بمشية الوكيلين، وتدبير وتسليم هبة كما في التنوير لأنَّه مما لا يحتاج إلى الرأي ويعتبر المثنى فيه كالواحد هذا إذا كان التوكيل بطلاق واحدة معينة، وعتق معين، لأنَّه لو وكلها بطلاق واحدة بغير عينها، أو عتق عبد بغير عينه لا ينفرد أحدهما كما في السراج، لأنَّه مما يحتاج إلى الرأي، وقيد بلا عوض فيهما لأنَّه لو كان الطلاق والعتق بعوض لم ينفرد أحدهما، إلاَّ إذا أجازه الموكل أو الوكيل، وفي البحر أنَّ الوكالة والوصاية والمضاربة، والقضاء والتولية على الوقف سواء، فليس لأحدهما الإنفراد **(وليس للوكيل أنْ يوكل غيره)** لأنَّه فوض إليه التصرف دون التوكيل به إذ رضيَ برأيه دون رأي غيره لوجود التفاوت في الآراء **(إلاَّ بإذن موكله)** لتحقق رضائه **(أو بقوله)** أي بقول الموكل للوكيل **(إعمل برأيك)** لإطلاقه التفويض إلى رأيه، واستثنى صاحب التنوير من الاستثناء الأول فقال: إلاَّ في دفع زكاة، وفي قبض دين بمن في عياله، وعند تقدير الثمن من الموكل لوكيله فإنَّ تصرف وكيل الوكيل بدون الإذن جائز فيها **(فإن أذن)** الموكل بالتوكيل **(فوكل)** الوكيل غيره **(كان)** الوكيل **(الثاني وكيل الموكل الأول لا الثاني)** ثم فرعه بقوله **(فلا ينعزل)** الوكيل الثاني **(بعزله)** أي بعزل الموكل الثاني **(ولا)** ينعزل **(بموته)** أي بموت الموكل الثاني. قال المولى سعدي: ينبغي أنْ يملك عزله فيما إذا قال الموكل: اعمل برأيك انتهى، وفيه كلام لأنَّ الوكيل مأمور بإعمال رأيه، وقد عمل بأن يوكل غيره فتم الأمر فلا يملك العزل، لأنَّ العزل الرجوع عن الرأي الأول، وليس في قوله إعمل برأيك ما يدل على هذا، بخلاف ما إذا قال: اصنع ما شئت لأنَّ فيه ما يدل على العموم فيملك العزل تدبر **(وينعزلان)** أي الوكيل الأول والثاني **(بموت)** الموكل **(الأول)** لأنَّ الموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه **(وإن وكل)** الوكيل غيره **(بلا إذن)** من الموكل **(فعقد)** الوكيل **(الثاني بحضرته)** أي بحضرة الوكيل الأول **(جاز)** عقده لأنَّ المقصود حضور

. . . .

بعوض لم ينفرد أحدهما إلاَّ بإجازة الموكل أو الوكيل الآخر، وإنْ لم يكن حاضراً عند الثاني وعزاه الحاكم للأصل ذكره القهستاني وسيجيء، زاد في الدرر والغرر وغيرهما شرطاً آخر، وهو وإنْ لا يعلقا بمشيتهما، وكذا تدبير ورد عين وتسليم هبة، وقضاء دين وأما اقتضاؤه والوصاية والمضاربة والقضاء، والتحكيم والتولية على الوقف فكالوكالة لا ينفرد أحدهما كما في التنوير **(وليس للوكيل أنْ يوكل غيره إلاَّ بإذن موكله)** إلاَّ في دفع زكاة، وفي قبض الدين لمن في عياله، وعند تقدير الثمن له **(أو)** التفويض إلى رأيه **(بقوله اعمل برأيك)** أي إلاَّ في طلاق وعتاق **(فإن أذن فوكل كان الثاني وكيل الموكل الأول لا الثاني، فلا ينعزل بعزله، ولا بموته وينعزلان بموت الأول)** وقد مر نظيره في القضاء فليحفظ **(وإنْ وكل**

جاز، وكذا لو عقد بغيبته فأجازه أو كان قد قدر الثمن ولا يجوز لعبد أو مكاتب التصرف في مال طفله ببيع أو شراء، أو تزويجه وكذا الكافر في حق طفله المسلم.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

للوكيل بالخصومة القبض خلافاً لزفر والفتوى اليوم على قوله ومثله الوكيل بالتقاضي،

رأيه، وقد حضر، وظاهر العبارة الاكتفاء بالحضرة من غير توقف على الإجازة وهذا قول البعض والعامة على أنَّه لا بد من إجازة الوكيل أو الموكل، وإنْ حضرة الوكيل الأول لا تكفي والمطلق من العبارات محمول على الإجازة كما في أكثر المعتبرات فعلى هذا لو قال فأجازه مكان قوله بحضرته لكان أولى تدبر **(وكذا لو عقد)** الوكيل الثاني **(بغيبته)** أي بغيبة الأول **(فأجازه)** أي أجاز الوكيل الأول عقده جاز ولو اكتفى بقوله: فعقد الثاني بحضرته أو بغيبته فأجازه جاز لكان أخصر وأولى لأنَّ الحكم فيهما موقوف على الإجازة على قول العامة كما بين قبيلة تدبر قيد بالعقد احترازاً عن الوكيل بالطلاق والعتاق، إذا وكل غيره، وطلق الثاني بحضرة الوكيل الأول أو طلق الأجنبي فأجاز الوكيل فإنَّه لا يقع، وكذا الإبراء والخصومة وقضاء الدين كما في المنح **(أو كان)** الوكيل الأول **(قد قدر الثمن)** للثاني فعقد الثاني بغيبته جاز لأنَّ الاحتياج فيه إلى الرأي لتقدير الثمن وقد حصل كما في العناية **(ولا يوز لعبد أو مكاتب التصرف في مال طفله ببيع أو شراء، ولا تزويجه)** لانتفاء ولايتهما بالرق **(وكذا الكافر في حق طفله المسلم)** لانتفاء ولايته بالكفر، والأصل إنَّ من لا ولاية له على غيره لم يجز تصرفه في حقه، يقال حكم المستأمن والحربي والمرتد يعلم من حال الذمي دلالة، ولذا بين حاله دون غيره من الكفار، وقيل: تصرف المرتد موقوف بالإتفاق لتردد الملة في حقه فإنْ أسلم نفذ وإنْ قتل لا.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لأنَّ الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته، وذلك في الأغلب يكون لمطالبة المبيع أو الثمن **(للوكيل بالخصومة القبض)** عند أئمتنا الثلاثة لأنَّ من ملك شيئاً ملك إتمامه وإتمام الخصومة وانتهاؤها

. . . .

بلا إذن فعقد الثاني بحضرته جاز) وتتعلق حقوقه بالعاقد على الصحيح، **(وكذا لو عقد بغيبته فأجازه أو كان قد قدر)** الأول **(الثمن)** للثاني وقد قدمناه **(ولا يجوز لعبد أو مكاتب التصرف في مال طفله ببيع أو شراء ولا تزويجه)** لأنَّ الرق يقطع الولاية **(وكذا الكافر في حق طفله المسلم)** لما قلنا. (فرع): لو باع الموكل، وباع الوكيل ولم يعلم السابق أو باعا معاً فبيع الموكل أولى عند محمد، وعند أبي يوسف يشتركان، ويخيران، ذكره الباقاني وسيجيء.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

أي قبض الدين ونحوه **(للوكيل بالخصومة القبض خلافاً لزفر والفتوى اليوم على قوله)** لفساد الزمان، **(ومثله الوكيل بالتقاضي)** أي أخذ الدين يملك القبض على أصل الرواية، والفتوى على أنَّه لا

وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض خلافاً لهما، وللوكيل بأخذ الشفعة

بالقبض (**خلافاً لزفر**) لأنَّ القبض غير الخصومة فلا يكون الوكيل به وكيلاً بها إذ يختار الموكل للقبض أمن الناس، وللخصومة ألج الناس (**والفتوى اليوم على قوله**) أي على قول زفر، وهو قول الأئمة الثلاثة لأنَّ من يؤتمن على الخصومة، لا يؤتمن على المال لظهور الخيانة في الوكلاء في هذا الزمان أفتى بذلك الصدر الشهيد، وكثير من مشائخ بلخ وسمرقند وغيرهم، ولذا، أشار إلى خلاف زفر عند أئمتنا الثلاثة لقوة قوله في هذا المقام، وفي التنوير الوكيل بالخصومة إذا أبى لا يجبر عليها إلاَّ إذا كان وكيلاً بالخصومة بطلب المدعي، وغاب المدعي عليه بخلاف الكفيل (**ومثله**) أي مثل الوكيل بالخصومة (**الوكيل بالتقاضي**) يعني إنَّ الوكيل بالطلب مثل الوكيل بالخصومة، فإنَّه يملك القبض على أصل الرواية لأنَّه في معناه وضعاً يقال: اقتضيت حقي أي قبضته، فإنَّه مطاوع قضيَّ إلاَّ أن العرف بخلافه، وهو قاضٍ على الوضع والفتوى على أنْ لا يملك كما في الهداية وفي الغاية إنَّ الوكيل يتقاضى الدين يملك القبض اتفاقاً في جواب كتاب الوكالة، لكن فتوى المشائخ على أنَّه لا يملك لفساد الزمان انتهى، وفي الواقعات ليس له أن يقبض الدين في زمانها، وهو اختيار مشائخ بلخ وبه أخذ أبو الليث اهـ. فعلى هذا ظهر عدم فهم ما قيل من أنَّه قال صاحب الاختيار والوكيل بالتقاضي يملك القبض بالإجماع لأنَّه لا فائدة للتقاضي بدون القبض فيلزم التأمل في قوله بالإجماع مع أنَّ الخلاف مصرح في سائر الكتب لأنَّ ما قاله صاحب الاختيار على رواية الأصل والفتوى على أنَّه لا يملك لفساد الزمان فلا خلاف بالاتفاق على رواية الأصل لما في السراجية الوكيل بالتقاضي وكيل بالقبض في ظاهر الرواية، والفتوى على أنَّه ينظر إن كان التوكيل بذلك في بلد كان من العرف بين التجار إنَّ المتقاضي هو الذي يقبض الدين توكيلاً بالقبض، وإلاَّ فلا تدبر، وفي التنوير ورسول القاضي يملك القبض لا الخصومة إجماعاً ولا يملك الخصومة، والقبض وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح، وكذا عكسه (**وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض**) عند الإمام (**خلافاً لهما**) وهو قول الأئمة: وهو رواية عن الإمام لأنه ليس كل من يصلح للقبض يعرف الخصومة، ويهتدي إلى المحاكمة فلا يحصل الرضى من الموكل، ولو أنَّه وكله بأخذ الدين من ماله، لأنَّ قبض نفس الدين لا يتصور ولذا قلنا: إنَّ الديون تقضي بأمثالها لأنَّ المقبوض ملك المطلوب حقيقة، وبالقبض يتملكه بدلاً عن الدين فيكون وكيلاً في حق التمليك، ولا ذلك إلاَّ بالخصومة وثمرته ما إذا أقام الخصم البينة على استيفاء الموكل، أو

. . . .

يملك كما في الهداية وغيرها. (**قلت**): وهذا في نيف وخمسمائة كما قاله الزاهدي، فكيف في نيف بعد الألف، وفي البحر عن السراجية والقهستاني عن المضمرات أنَّه يحكم عرف التجار وبه يفتي فليحفظ. (**وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض**) عنده (**خلافاً لهما**) والخلاف فيمن وكله الدائن، أما من وكله القاضي بقبض دين الغائب فلا يملكها اتفاقاً أي لا يجبر عليها يعني ما لم يغب موكله، وإذا غاب يجبر عليها لدفع الضرر كما في الشرنبلالية، عن رهن الدرر (**وللوكيل بأخذ الشفعة**

الخصومة قبل الأخذ اتفاقاً وكذا الوكيل بالرجوع في الهبة أو بالقسمة أو بالرد بالعيب، وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته وليس للوكيل بقبض العين الخصومة، فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد أنَّ موكله باعه منه تقصر يد الوكيل، ولا يثبت البيع فيلزم إعادة البينة إذا حضر الموكل كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة أو العبد ولا يثبت الطلاق

ابرائه تقبل عنده خلافاً لهما قيد بقوله قبل القبض لأنَّه بعد القبض لا يكون له الخصومة اتفاقاً، وفي التنوير أمره بقبض دينه وأنْ لا يقبضه إلاّ جميعاً فقبضه إلاَّ درهماً لم يجز قبضه على الأمر وللآمر الرجوع على الغريم بكله، ولو لم تكن للغريم بينة على الإيفاء فقضيَّ عليه بالدين، وقبضه الوكيل فضاع من الوكيل، ثم برهن على الإيفاء فلا سبيل للمقضى عليه على الوكيل وإنما يرجع على الموكل **(وللوكيل بأخذ الشفعة الخصومة قبل الأخذ اتفاقاً)** حتى لو أقام المشتري البينة على الوكيل، على أنَّ الموكل سلمها تقبل، وتبطل الشفعة.

وأما بعد الأخذ بالشفعة فليس له الخصومة **(وكذا الوكيل بالرجع في الهبة)** أي له الخصومة حتى لو أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوض تقبل ويبطل الرجوع **(أو بالقسمة)** يعني للوكيل بالقسمة الخصومة حتى إذا وكل أحد الشريكين وكيلاً بأنْ يقاسم مع شريكه فأقام الشريك البينة على الوكيل بأنَّ الموكل قبض نصيبه تقبل **(أو بالرد بالعيب)** على البائع حتى إذا أقام البائع البينة على الوكيل، بأنَّ الموكل رضيَّ بالعيب تقبل **(وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته)** يعني له الخصومة.

وأما قبل مباشرته الشراء لا يكون له الخصومة، وهذا لأنَّ المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصل فيها فيكون خصمها فيها **(وليس للوكيل بقبض العين الخصومة)** بالإجماع لأنَّه أمين محض بقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول، ثم فرعه بقوله: **(فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد أنَّ موكله باعه منه تقصر يد الوكيل)** عنه **(ولا يثبت البيع فيلزم)** على ذي اليد **(إعادة البينة إذا حضر الموكل)** أو من يقوم مقامه، لأنَّ البينة قامت على من لا يكون خصماً، والقياس فيه دفع العبد إلى الوكيل، لعدم قبول حجة ذي اليد، لقيامها على من ليس بخصم، فلم يعتبر وجه الاستحسان إنَّ الوكيل خصم في حق قصر يده، لقيامه مقام الموكل في القبض فتقتصر يده فتقام الحجة ثانياً على البيع إذا حضر الخصم **(كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة أو العبد)** يعني إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق أو أقام العبد البينة على العتاق على

. . . .

لخصومة قبل الأخذ اتفاقاً، وكذا الوكيل بالرجوع في الهبة أو بالقسمة أو بالرد بالعيب، وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته) لا قبلها. **(وليس للوكيل بقبض العين الخصومة)** اتفاقاً لأنَّه كالرسول وكوكيل الصلح، ولا يملكها وكيل الملازمة **(فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد أنَّ موكله باعه منه تقصر يد الوكيل)** أي وقف الأمر حتى يحضر الغائب ويعيد البينة، فلذا قال: **(ولا يثبت البيع فيلزم إعادة البينة إذا حضر الموكل)** وهذا استحسان لأنَّه خصم في قصر يده **(كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة)** من مكان

والعتق لو برهنا وعليهما بلا حضور الموكل وإقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي صحيح، لا عند غير القاضي خلافاً لأبي يوسف، لكن لو برهن عليه أنَّه أقرَّ في غير مجلس القضاء خرج عن الوكالة ولا يدفع إليه المال كالأب أو الوصي إذا أقرَّ في

لوكيل بنقلهما إلى موضع تقبل هذه البينة استحساناً في قصر يد الوكيل عنهما، حتى يحضر الخصم منكراً (**ولا يثبت الطلاق والعتق لو برهنا**) أي المرأة والعبد (**عليهما**) أي على الطلاق والعتاق (**بلا حضور الموكل**) لما مر أنهما أقاما حجة على وكيل غير خصم، ولذا وجب إعادتها لو حضر موكله بخلاف قصر اليد (**وإقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي**) بغير الحدود والقصاص (**صحيح**) سواء كان وكيلاً من قبل المدعي فأقر بالقبض، أو من قبل المدعي عليه، فأقر بثبوت الحق وفيه إشعار بأنَّه لو أنكره ذلك الوكيل صح بالطريق الأولى، وبأنَّه لو استثنى الإقرار صح وصار وكيلاً بالإنكار، كما لو استثنى الإنكار صار وكيلاً بالإقرار، وفي الصغرى أو استثنى الإقرار بحضرة الطالب صح، وإلاَّ لا وقال محمد: أنَّه أيضاً يصح كما في القهستاني، وفي البزازية لو وكله غير جائز الإقرار صح ولم يصح الإقرار في الظاهر لو موصولاً، وفي الأقضية ومفصولاً أيضاً (**لا عند غير القاضي**) أي إنْ كان إقراره عند غير القاضي، فشهد به الشاهدان عند القاضي فإنَّه غير صحيح استحساناً عند الطرفين (**خلافاً لأبي يوسف**) أي يصح عند غير القاضي عنده لأنَّ الموكل أقام مقام الوكيل نفسه مطلقاً، وهو يقتضي أنْ يملك ما يملكه الموكل، وهو يملك الإقرار عند غير القاضي وكذا وكيله، وعند زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف: أولاً لا يصح أصلاً وهو القياس لأنَّه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضادها لأنَّه مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده، وجه الاستحسان إنَّ التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل، وهو الجواب مطلقاً فيتضمن الإقرار، والموكل يملك الإقرار، كذا يملك وكيله عند القاضي لكونه جواب الخصم، وهو لا يكون معتبراً إلاَّ في مجلس القضاء إذ وراء مجلسه يفضي إلى المجادلة والمجاذبة، وهو لم يوكل بذلك فحينئذ لا يكون وكيلاً (**لكن لو برهن عليه**) أي على الوكيل هذا استدرك من قوله لا عند غير القاضي فلهذا لو ذكر عقيبة لكان أنسب تدبر (**أنَّه أقرَّ في غير مجلس القضاء خرج عن الوكالة ولا يدفع إليه المال**) أي لا يؤمر المدعي عليه بدفع المال إلى الوكيل، لأنَّه لا يصح بعد ذلك للمناقضة،

. . . .

إلى مكان (أو) نقل (**العبد ولا يثبت الطلاق والعتق، لو برهنا عليهما، بلا حضور الموكل**) أي فتقبل في قصر يده فقط استحساناً (**وإقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي صحيح لا عند غير القاضي**) استحساناً (**خلافاً لأبي يوسف**) فإنَّه يصح عنده، قلنا: الخصومة يراد بها الجواب، ولو إقراراً عملاً بعموم المجاز، وإنْ انعزل بإقراره، ولذا قال: (**لكن لو برهن عليه أنَّه أقر في غير مجلس القضاء خرج عن الوكالة و**) إذا لم يصح إقراره في غير مجلس القاضي (**لا يدفع إليه المال**) للتناقض وصار (**كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع إليه المال**) لأنَّ ولايتهما نظرية، ولا نظر في الإقرار

مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع إليه المال ولا توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين أمر بالدفع إليه فإن صدقه صاحب الدين وإلاَّ أمر بالدفع إليه أيضاً ورجع به على الوكيل إنْ لم يهلك في يده وإن هلك لا إلاَّ إن كان قد ضمنه عند دفعه أو دفع إليه على ادعائه غير مصدق وكالته، ومن صدق

ولأنَّه زعم أنَّه مبطل في دعواه (كالأب أو الوصي إذا أقرَّ في مجلس القضاء لا يصح) إقرارهما (ولا يدفع إليه) أي إلى الأب أو الوصي (المال) يعني إذا ادعى الأب أو الوصي شيئاً للصغير فأنكر المدعي عليه فصدقه الأب أو الوصي، ثم جاء يدعي المال، فإنَّ إقراره لا يصح لأنَّ له ولاية نظرية وذلك بأنْ يحفظ ماله، ويتصرف فيه على الوجه الأحسن، والإقرار لا يكون حفظاً ولا يؤمر المدعي عليه بدفع المال إليه، لأنَّه لا يصح دعواه وينصب وصي آخر ويؤمر بدفع المال إليه لو ثبت (ولا) يصح (توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه) كما لو وكله بقبضه من نفسه أو عبده أو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه فإنَّه غير صحيح لأنَّ الوكيل، من يعمل لغيره، ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن، ولأنَّ قبول قوله: ملازم للوكالة لكونه أميناً، ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئاً نفسه فتنعدم بانعدام لازمه كما في الهداية، وفي العناية سؤال وجواب، فليراجع، وفي التنوير الوكيل بقبض الدين إذا كفل صح وبطل الوكالة بخلاف العكس، وكذا كل ما صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته، تقدمت كفالته أو تأخرت (ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين أمر بالدفع إليه) لأنَّ تصديقه بمن قال: أنا وكيل الغائب بقبض دينه على نفسه لأن ما يدفعه خالص حقه إذ الديون تقضي بأمثالها (فإن صدقه صاحب الدين) فبها أي إذا حضر الموكل، وصدق الوكيل في دعواه الوكالة فلا كلام لحصول المقصود (وإلاَّ) أي، وإنْ لم يصدقه (أمر) أي أمر الغريم (بالدفع إليه) أي إلى صاحب الدين (أيضاً) أي كما أمر بالدفع إلى الوكيل لأنَّه لم يثبت الإستيفاء حيث أنكر الوكالة، والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء إنْ لم يجز الاستيفاء حال قيامه (ورجع) الغريم (به) أي بما دفعه (على الوكيل إنْ لم يهلك في يده) أي رجع الغريم به إنْ كان ما دفعه إليه باقياً في يد الوكيل، لأنَّ غرضه من الدفع، براءة ذمته، ولم يحصل فله أن ينقض قبضه، ويأخذ ما يجده، ولو كان بقاؤه حكماً بأنْ استهلكه الوكيل فإنَّه باقٍ ببقاء بدله (وإن هلك) أي المقبوض في يد الوكيل (لا) أي لا يرجع فيما هلك، لأنَّه بتصديقه، اعترف أنَّه محق في القبض، فيكون أميناً وهو لا يكون ضميناً أو لأنه مظلوم في أخذ الموكل ثانياً، والمظلوم لا يظلم غيره (إلاَّ إذا كان قد ضمنه عند دفعه) فحينئذ يرجع على الوكيل بمثل ما دفعه، قيل رويَّ

على الصغير (ولا يصح توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه) لانعدام الركن وهو العمل للغير (ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين أمر بالدفع إليه، فإنْ صدقه صاحب الدين(فبها (وإلاَّ أمر بالدفع إليه أيضاً) لإنكار الوكالة (ورجع به على الوكيل إنْ لم يهلك في يده وإنْ هلك لا) يرجع عليه عملاً بتصديقه (إلاَّ إن كان قد ضمنه عند دفعه) لقدر ما يأخذه الدائن ثانياً لا ما أخذه الوكيل لأنَّه أمانة،

مدعي الوكالة بقبض الأمانة لا يؤمر بالدفع إليه وكذا لو صدقه في دعوى شرائها من المالك ولو صدقه في إنَّ المالك مات وتركها ميراثاً له أمر بالدفع إليه ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاء الدائن ولا بينة له أمر بدفعه إليه ولا يستحلفه أنَّه ما

ضمنه بالتشديد وبعدمه فالمعنى بالتشديد إلاَّ إذا كان جعل الغريم الوكيل ضامناً بأنْ قال: عند دفعه إنْ حضر الغائب وأنكر وكالتك، وأخذ مني ثانياً فأنت ضامن بهذا المال فقال: أنا ضامن وبعدم التشديد إلاَّ إذا كان الوكيل، بأن قال: عند دفعه إنْ حضر الغائب وأنكر التوكيل وأخذ منه ثانياً فإني ضامن بهذا المال، فيصير الوكيل كفيلاً بمال قبضه الدائن المنكر ثانياً لأنَّ إضافة الضمان إلى زمان القبض جائز، لا بمال قبضه الوكيل أو لا لأنه أمانة في يده بتصادقهما على أنَّه وكيل، والأمانات لا تجوز بها الكفالة، وظاهر المتن أنَّه لا رجوع على الوكيل حالة الهلاك إلاَّ إذا ضمن وليس كذلك بل الحكم كذلك لو قال له: قبضت منك على أني أبرأتك من الدين كما في التنوير **(أو دفع إليه على إدعائه)** حال كونه **(غير مصدق وكالته)** سواء كان مكذباً أو ساكتاً، فإنه يرجع عليه لأنَّه إنما دفع له على رجاء الإجازة فانقطع رجاؤه، رجع عليه، وفي التنوير فإنْ ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه لموكله صدق بحلفه، وفي الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب **(ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الأمانة لا يؤمر بالدفع إليه)** لأنَّ تصديقه إقرار بمال الغير أو لأنَّه مأمور بالحفظ لا بالدفع بخلاف الدين فإذا لم يصدقه لا يؤمر بالدفع إليه بالأولى، وفي المنح تفصيل فليراجع **(وكذا)** أي مثل ما ذكر من الحكم **(لو صدقه في دعوى شرائها من المالك)** يعني لو ادعى أنَّه اشترى الوديعة من مالكها، وصدقه المودع لم يؤمر بدفعها إليه ما دام حياً كان إقرار بملك الغير، لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه **(ولو صدقه في أنَّ المالك مات وتركها)** أي الوديعة **(ميراثاً له أمر بالدفع إليه)** إذا لم يكن على الميت دين مستغرق، فلو أنكر موته أو قال: لا أدري لا يؤمر بالتسليم إليه ما لم تقم البينة هذه المسألة قد تقدمت، في أواخر القضاء فكان ذكرها هنا تكراراً تدبر **(ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاء الدائن ولا بينة له)** أي للمديون على استيفاء الدائن **(أمر بدفعه إليه)** أي أمر الغريم بدفع المال الذي عليه إلى الوكيل، لأنَّ الوكالة قد ثبتت، والاستيفاء لم يثبت

وضمان الأمانات باطل، ذكره الزيلعي وغيره **(أو)** كان **(دفع إليه على)** مجرد **(ادعائه)** الوكالة **(غير مصدق وكالته)** وهذا يعم صورتي السكوت والتكذيب، وكذا لو قال له: قبضت منك على أني أبرأتك من الدين فهذه أسباب الرجوع عند الهلاك **(ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الأمانة لا يؤمر بالدفع إليه)** على المشهور خلافاً لابن الشحنة، ولو دفع لم يملك الاسترداد مطلقاً لما مر، **(وكذا)** الحكم **(لو صدقه في دعوى شرائها من المالك)** لأنَّه إقرار على الغير، **(ولو صدقه في أنَّ المالك مات وتركها)** أي الأمانة كالوديعة **(ميراثاً له)** أو وصية **(أمر بالدفع إليه)** عملاً باتفاقهما وهذا إذا لم يكن على الميت دين مستغرق ولو أنكر موته أو قال: لا أدري لم يؤمر إلاَّ ببينة، **(ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاء الدائن ولا بينة له أمر بدفعه)** ولو عقاراً **(إليه)** أي الوكيل لأنَّ جوابه تسليم ما لم يبرهن، وله تحليف

يعلم استيفاء موكله بل يتبع رب الدين ويستحلفه أنّه ما استوفى ولو ادعى البائع على وكيل الرد بالعيب إنَّ موكله رضي به لا يؤمر بدفع الثمن قبل حلف المشتري، ومن دفع إليه آخر عشرة ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فهي بها.

بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق، وقد جعلوا دعواه الإيفاء للرب الدين جواباً للوكيل إقراراً بالدين وبالوكالة، وإلاّ لما اشتغل بذلك كما إذا طلب من الدائن وادعى الإيفاء فإنّه يكون إقراراً بالدين، وكما إذا أجاب المدعي، ثم ادعى الغلط في بعض الحدود فإنّه لا يقبل لأنَّ جوابه تسليم للحدود كما في المنح (**ولا يستحلفه**) أي الوكيل (**أنّه ما يعلم استيفاء موكله**) الدين لأنّه نائب عن الموكل، والنائب لا يجري عليه الحلف خلافاً لزفر (**بل يتبع**) الغريم بعد ما دفع المال إلى الوكيل (**رب الدين ويستحلفه**) أي ربُّ الدين (**أنّه ما استوفى**) فإنْ حلف بقي الحكم على حاله، ولو نكل بطل الحكم، فيسترد فيه ما قبض (**ولو ادعى البائع على وكيل الرد بالعيب إنَّ موكله رضي به**) أي بالعيب (**لا يؤمر بدفع الثمن قبل حلف المشتري**) والفرق بين هذه، وما تقدم من مسألة الدائن أن التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عن نكوله، وهنا غير ممكن لأنَّ القضاء بالفسخ ماضٍ على الصحة، وإنْ ظهر لخطأ عند الإمام كما هو مذهبه في العقود والفسوخ ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنّه لا يفيد.

وأما عندهما فيجب أنْ يتحد الجواب في الفصلين، ولا يؤخر لأنَّ التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء، وقيل الأصح عند أبي يوسف أنْ يؤخر في الفصلين وفي المنح فلو ردها الوكيل على البائع بالغيب في هذه المسألة فحضر الموكل، وصدقه على الرضى كانت له لا للبائع عند الكل على الأصح (**ومن دفع إليه**) رجل (**آخر عشرة**) دراهم (**ينفقها على أهله فأنفق عليهم**) أي على أهله (**عشرة**) أخرى (**من عنده فهي بها**) أي العشرة بالعشرة لأنَّ الوكيل بالإنفاق، وكيل

. . . .

الموكل لا الوكيل، ولذا قال: (**ولا يستحلفه أنّه ما يعلم استيفاء موكله**) لأنّه نائب، والنيابة لا تجري في الإيمان خلافاً لزفر (**بل يتبع رب الدين ويستحلفه أنّه ما استوفى**) رعاية لجانبه (**ولو ادعى البائع على وكيل الرد بالعيب أنَّ موكله رضي به**) أي بالعيب (**لا يؤمر بدفع الثمن قبل حلف المشتري**) والفرق أنَّ القضاء هنا فسخ فلا يقبل النقض بخلاف ما مر خلافاً لهما (**ومن دفع إليه آخر عشرة ينفقها على أهله**) مثلاً (**فأنفق عليهم عشرة من عنده**) حال قيامها، ولم يضف العقد إلى غيرها (**فهي بها**) قصاصاً استحساناً لأنَّ الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء، وقيدنا بحال قيامها إلى آخره لأنها لو كانت وقت إنفاقه مستهلكة أو أضاف العقد إلى عشرة نفسه ضمن وصار مشترياً لنفسه، متبرعاً بالإنفاق لأنَّ الدراهم تتعين في الوكالة كما في البزازية وغيرها، نعم في المنتقى لو أمره أن يقبض من مديونه ألفاً ويتصدق فتصدق بألف ليرجع على مديونه جاز استحساناً. (**فروع**): وصي أنفق من ماله ومال اليتيم غائب فهو متطوع إلاّ أنْ يشهد أنّه قرض عليه أو أنه يرجع كما في التنوير لأنَّ قول الوصي إنما يقبل في الإنفاق لا في الرجوع إلاّ بالإشهاد كما في البزازية. (**قلت**): لكن في القنية والخلاصة والخانية له الرجوع بالثمن، وإن لم

باب عزل الوكيل

للموكل عزل وكيله إلاَّ إذا تعلق به حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم، ويتوقف انعزاله على علمه فتصرفه قبله صحيح، وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه مطبقاً

بالشراء وحكمه كذلك، قيل هذا استحسان، وفي القياس، وهو قول الأئمة الثلاثة ليس له ذلك فيصير متبرعاً لأنَّه خالف أمره، وقيل القياس، والاستحسان في قضاء الدين لأنَّه ليس بشراء.

وأما الإنفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه كما في الإصلاح، وظاهر كلامه أنَّه انفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل، ولذا قال في النهاية هذا إذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة، وكان يضيف العقد إليها أو يطلق لكن ينوي تلك لعشرة أما إذا كانت مستهلكة، أو أضاف العقد إلى عشرة نفسه يصير مشترياً لنفسه متبرعاً بالإنفاق لأنَّ الدراهم تتعين في الوكالة، وفي التنوير وصي أنفق من ماله، ومال اليتيم غائب فهو أي الوصي متطوع في الإنفاق إلاَّ أن يشهد على أنَّ ما أنفقه قرض عليه أو أنَّه يرجع عليه، فلا يكون مطوعاً، وله أنْ يرجع.

باب عزل الوكيل

وجه تأخيره ظاهر (**للموكل عزل وكيله**) عن الوكالة لأنَّها حقه فله أنْ يبطله (**إلاَّ إذا تعلق به**) أي بالتوكيل (**حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم**) فلا يملك عزله فيصير كالوكالة المشروطة في عقد الرهن، ومال الوقف، وفيه إشارةً إلى أنَّه لو علق وكالته بالشرط، ثم عزله قبل وجوده صح، وعليه الفتوى كما في القهستاني، وإلى أنَّه بطل تعليق العزل بالشرط (**ويتوقف انعزاله**) أي انعزال الوكيل (**على علمه**) أي علم الوكيل، ثم فرعه بقوله (**فتصرفه**) أي تصرف الوكيل (**قبله**) أي قبل العلم بانعزاله (**صحيح**) لأنَّ في انعزاله بغير علم إضراراً به إذ ربما يتصرف على أنَّه وكيلَ فتلحقه العهدة، وكذا لو عزل الوكيل نفسه لا يجوز بدون علم الموكل،

. . . .

يشهد بخلاف الأبوين، وفي المجتبى لو شرى لطفله ثوباً أو طعاماً وأشهد أنه يرجع رجع لو له مال وإلاَّ لا لوجوبهما عليه حينئذ، وبمثله لو شرى له داراً أو عبداً يرجع سواء كان له مال أو لا وإنْ لم يشهد لا يرجع، كذا عن أبي يوسف، وهو حسن يجب حفظه انتهى، والله أعلم.

باب عزل الوكيل

الوكالة من العقود الغير اللازمة كالعارية، فلا يدخلهما خيار شرط، ولا يصح الحكم بها مقصوداً وإنما يصح في ضمن دعوى صحيحة على غريم، فلذا قال (**للموكل عزل وكيله**) متى شاء (**إلاَّ إذا تعلق به حق الغير**) وعلم الوكيل بالوكالة، وإلاَّ فله عزله بكل حال كما في الشرنبلالية (**كوكيل الخصومة بطلب الخصم**) أو كانت في ضمن النكاح أو الرهن، أو بيع الوفاء أو جعل أمر امرأته بيدها، ثم جنَّ الزوج (**ويتوقف انعزاله**) القصدي (**على علمه فتصرفه قبله صحيح**) كما للوكيل عزل نفسه بشرط علم موكله كما في الزيلعي والأشباه، لكن في فروقها يملك الوكيل عزل نفسه لا الوصي بعد القبول، وفيه

وحده شهر عند أبي يوسف وحول عند محمد وهو المختار وبلحاقه بدار الحرب مرتداً خلافاً لهما، وكذا بعجز موكله مكاتباً وحجره مأذوناً وافتراق الشريكين وتصرف الموكل

وعند الأئمة الثلاثة ينعزل الوكيل بلا علم منه إلاَّ في قول عنهم، ولو جحد الموكل الوكالة فقال: لم أوكلك لا يكون عزلاً إلاَّ أنْ يقول: والله لا أوكلك بشيء ويثبت العزل من الوكالة بمشافهة كقوله عزلتك وأخرجتك عن الوكالة، وبكتابته وإرساله رسولاً عدلاً أو غير عدل حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً إذا قال الرسول: الموكل أرسلني إليك لأبلغك عزله إياك عن وكالته ولو أخبره فضولي بالعزل فلا بد من أحد شرطي الشهادة.

أما العدد أو العدالة وفي الدرر قال: وكلتك بكذا على أني متى عزلتك فأنت وكيلي فإنَّه إذا عزله لم ينعزل بل كان وكيلاً له وهذا يسمى وكيلاً دورياً وإذا أراد أنْ يعزله بحيث يخرج عن الوكالة يقول في عزله: عزلتك، ثم عزلتك فإنَّه ينعزل، ولو قال: كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يكون معزولاً، بل كلما عزل كان وكيلاً فإذا أراد أن يعزله يقول: رجعت عن الوكالة المعلقة، وعزلتك عن المنجزة فحينئذ ينعزل، لأنَّ ما لا يكون لازماً يصلح الرجوع عنه، والوكالة منه كما في التبيين، وفي التنوير، وكله بقبض الدين ملك عزله إنْ بغير حضرة المديون وإنْ وكله بحضرته لا إلاَّ إذا علم به المديون فلو دفع المديون دينه إلى الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ **(وتبطل الوكالة بموت الموكل)** هذا أولى من عبارة الوقاية بموت أحدهما، لأنَّه قال صاحب الدرر: ولما لم يكنْ لذكر الوكيل هنا فائدة تركته لكنْ يمكن أن الوكيل لو مات فحق الرد بالعيب لوارثه، أو وصيه وإن لم يكن فللموكل في رواية، ولوصي القاضي في أخرى كما في القهستاني ففيه فائدة **(وجنونه)** أي جنون الموكل، وكذا جنون الوكيل **(مطبقاً)** أي مستوعباً **(وحده)** أي حد المطبق **(شهر عند أبي يوسف)** وكذا عند الإمام في قول، وعليه الفتوى كما في المضمرات **(وحول عند محمد)** وكذا عند الإمام في قول **(وهو المختار)** لأنَّه يسقط به جميع العادات حتى الزكاة فقدر به احتياطاً **(و)** تبطل **(بلحاقه)** أي لحاق الموكل **(بدار الحرب مرتداً)** عند الإمام لأنَّ تصرفات المرتد موقوفة عنده، فكذا وكالته، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة **(خلافاً لهما)** فإنَّ تصرفاته نافذة عندهما إلاَّ أنْ يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق فلو عاد من دار الحرب مسلماً ولم يحكم بلحاقه تعود الوكالة عندهم، وإنْ حكم ثم عاد تعود الوكالة عند محمد خلافاً لأبي يوسف كما في القهستاني، وفي المنح فظاهر

. . . .

ما فيه **(وتبطل الوكالة بموت الموكل، وجنونه مطبقاً وحده شهر عند أبي يوسف وحول عند محمد وهو المختار)** وصححه في الدرر والغرر وغيرها، لكن في الشرنبلالية عن التجنيس والغاية وغيرهما، المختار شهر، وفيها عن المضمرات، وبه يفتي وكذا في القهستاني، ونقل الباقاني عن قاضيخان من فصل فيما يقضي بالمجتهدات أنَّه قول أبي حنيفة وأنَّ عليه الفتوى، انتهى فليحفظ **(و)** تبطل **(بلحوقه بدار الحرب مرتداً)** عنده **(خلافاً لهما)** فإنْ حكم بلحاقه تبطل عندهم فلو عاد مسلماً، ولم يحكم بلحاقه

فيما وكل به، ولا يشترط في الموت وما بعده علم الوكيل.

كلام الكنز وغيره من المتون إنْ كلّ وكالة تبطل بموت الموكل وجنونه، وليس كذلك بل لا بد من استثناء مسائل من هذا الأصل فقال: إلاّ إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع المرتهن عند حلول الأجل، فلا ينعزل بموت الموكل، وجنونه كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء، وتمامه فيه فليراجع (**وكذا**) تبطل وكالته (**بعجز موكله**) حال كون الموكل (**مكاتباً**) أي إذا وكل مكاتب، وكيلاً بالبيع مثلاً، ثم صار رقيقاً بعجزه عن أداء بدل الكتابة بطل وكالة وكيله، لأنّه وقع تصرفه في مال الغير بلا أمره (**وحجره**) أي حجر الموكل حال كونه عبداً (**مأذوناً**) ولا فرق فيه بين العلم وعدمه لأنّه عزل حكمي، فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه موكله، وفي القهستاني وإنما فصل بكذا للتنبيه على العامل البعيد لا لما ظن أنّ ما في بعده لم يشترط علم الوكيل، وفيه إشعار بأنّ المكاتب أو المأذون إذا وكل رجلاً بالتقاضي أو الخصومة لم تبطل وكالته بالعجز، أو الحجر كما في النهاية (و) تبطل الوكالة في حق من لم يوكل صريحاً من الشريكين بسبب (**افتراق**) هذين (**الشريكين**) عن الشركة أي يثبت عزل الوكيل بافتراقهما، ولا يتوقف على علم الوكيل لما مر أنّه عزل حكمي والعلم شرط للعزل الحقيقي وإطلاقه شامل ما إذا افترقا ببطلان الشركة بهلاك المالين، أو أحدهما قبل الشراء فتبطل الوكالة الضمنية، وأما إذا وكل الشريكان أو أحدهما وكيلاً للتصرف في المال فلو افترقا انعزل في حق غير الموكل منهما إذا لم يصرحا بالإذن في التوكيل، وتمامه في البحر فليطالع (**وتصرف**) هو بالجر أي، وكذا تبطل الوكالة بتصرف (**الموكل فيما وكل به**) تصرفاً يعجز الوكيل عن الامتثال به كما إذا

. . . .

عادت عندهم، وإنْ حكم به ثم عاد تعود عند محمد خلافاً لأبي يوسف كما في القهستاني عن الكرماني ونحوه في البرجندي، لكن في المنح عن البحر أنّها لا تعود بعوده مسلماً على المذهب ولا بإفاقته فتأمل، وهذا كله في الوكالة الغير اللازمة، أما اللازمة فلا تبطل بهذه العوارض، كما في المنح وغيرها (**وكذا**) تبطل (**بعجز موكله مكاتباً وحجره مأذوناً وافتراق الشريكين**) ولا فرق هنا بين علم الوكيل وعدمه، لأنّه عزل حكمي كما أشرنا إليه ويأتي (و) كذا ينعزل بلا عزل بنهاية الشيء الموكل فيه بأنّ (**تصرف الموكل**) بنفسه (**فيما وكل به**) تصرفاً يعجز الوكيل عنه سواء علم به أو لا، كالبيع والإعتاق، ولولا يعجز عنه كما إذا أذن للعبد في التجارة أو رهنه أو آجره أو طلقها واحدة، والعدة باقية فلا ينعزل، وتعود الوكالة إذا عاد إليه قديم ملكه أو بقي أثره، ولو باع الموكل بالبيع والوكيل معاً فهو بينهما عند أبي يوسف، وللمشتري من الموكل عند محمد لأنّه باع ملكه فهو أولى كما في القهستاني عن الاختيار وغيره، وقد قدمناه وفي الخلاصة لو وكله بشراء حنطة بعينها فجعلت دقيقاً أو سويقاً خرج من الوكالة، ولو وكله إلى عشرة أيام هل تنتهي بمضي العشرة روايتان، والأصح لا فليحفظ (و) اعلم أنّه (**لا يشترط في الموت**) أي موت الموكل (**وما بعده**) من الجنون واللحوق والعجز والحجر، والافتراق وتصرف الموكل (**علم الوكيل**) لأنّه عزل حكمي، والعلم شرط للعزل الحقيقي كما في القهستاني عن الجواهر وغيرها. (**قلت**): والحاصل كما حررته في شرح التنوير أنّ الوكالة يبيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقياً أو

. . . .

وكله باعتاق عبده أو كتابته أو تزويج امرأة أو شراء شيء أو طلاق أو خلع أو بيع عبد فاعتق أو كاتب أو زوج أو طلق ثلاثاً أو واحدة، ومضت عدتها أو خالعها، أو باع بنفسه فإنَّ الموكل لو فعل واحداً منها بنفسه لعجز الوكيل عن ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى إنَّ الموكل إذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لإمكان تنفيذ ما وكل به، ولو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكنْ للوكيل أنْ يزوجها منه لزوال حاجته بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وأبانها حيث يكون له أنْ يزوج الموكل لأنَّ الحاجة باقية كما في الدرر، وفي المنح وتعود الوكالة إذا عاد إلى الموكل قديم ملكه فلو وكله بالبيع فباعه الموكل، ثم ردَّ عليه بما هو فسخ فالوكيل على وكالته وإنْ رد بما يكون فسخاً لا تعود الوكالة كما لو وكله في هبة شيء، ثم وهبه الموكل، ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع، ثم رهنه الموكل أو آجره فسلمه فهو على وكالته في ظاهر الرواية ولو وكله أنْ يؤاجر داره، ثم آجرها الموكل بنفسه، ثم انفسخت الإجارة يعود على وكالته، وفي البزازية لو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الطرفين لا التحصيص والوصية بمنزلة الوكالة أو بقي أثر ملكه كما لو طلق امرأته وهي في العدة فإنَّ تصرف الوكيل غير متعذر بأن يوقع الثاني في العدة وهي أثر ملكه كما تقدم انتهى، لكن في قوله أو بقي شيآن الأول أنَّه معطوف على قوله عاد، وهو ظرف للعود، ولا عود في صورة بقاء الأثر، والثاني أنَّه يلزم التكرار بما سبق من قوله وبتصرفه بنفسه كما لو طلق امرأته فهو في العدة إلى آخر تدبر **(ولا يشترط في الموت وما بعده)** من الجنون واللحاق في دار الحرب والعجز، وافتراق الشريكين وتصرف الموكل فيما وكلَّ به **(علم الوكيل)** لما مر أنَّ العلم شرط للعزل القصدي لا للعزل الحكمي كما في أكثر المعتبرات، قال يعقوب باشا: وهنا كلام وهو إنَّ في الكافي مسألة تدل على اشتراط العلم في العزل الحكمي أيضاً وتمامه فيه فليطالع.

. . . .

حكمياً، ولا بالخروج عن الأهلية بجنون وردة، وفيما عداها من اللازمة لا تبطل بالحقيقي بل بالحكمي وبالخروج عن الأهلية فتخصيص صدر الشريعة وغيره كالبرجندي وإطلاق الدرر لا يخلو عن نظر فتدبر.

كتاب الدعوى

هيَّ إخبار بحق له على غيره والمدعي من لا يجبر على الخصومة والمدعي عليه من

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة هي واحدة الدعاوى بفتح الواو وكسرها، وبعضهم قال: الفتح ألوى، وبعضهم الكسر أولى، ومنهم من سوى بينهما، وفي الكافي يقال: ادعى زيد على عمرو مالاً فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه، والمال المدعي والمدعي به خطأ، والمصدر الإدعاء افتعال من دعا، والدعوى على وزن فعلى اسم منه، وألفها للتأنيث فلا ينون يقال: دعوى باطلة أو صحيحة، وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى في الحرب أنْ يقول الناس بالفلان انتهى، ثم اعلم أنَّها مشروعة بالكتاب، والسنة وإجماع الأمة (هي) أي الدعوى في اللغة عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه

. . . .

كتاب الدعوى

مناسبتها للوكالة بالخصومة ظاهرة (هي) لغة واحد الدعاء هي بفتح الواو وكسرها غير منونة لأنَّ ألفها للتأنيث اسم من الادعاء مصدر ادعى زيد على عمرو مالاً أي طلبه لأخذ العين، أو الدين فزيد المدعى وعمرو المدعي عليه، والمال المدعي والمدعي به غلط كما في المغرب والكافي وغيرهما، وفي النهاية وغيرها أنها لغة إضافة الشيء إلى نفسه حالة المسالمة والمنازعة جميعاً وخصها الفقهاء بحال المنازعة، وقد اختلفت عباراتهم في حدها، واختار المصنف تبعاً للوقاية وغيرها أنها شرعاً (أخبار) أي عند القاضي أو المحكم فإنَّه شرط كما في الاختيار (بحق) معلوم فإنَّه شرط، وفي شمول دعوى المنفعة خفاً، والإطلاق في الموضعين لا يخلو عن شيء ذكره القهستاني، (له) حقيقة أو حكماً ليعم الوكيل والوصي والولي، وكذا يراد بالحق في التعريف ما يعم الوجودي والعدمي ليعم دعوى دفع التعرض إذ الصحيح سماعها بخلاف دعوى النزاع (على غيره) أي بحضوره وإلاَّ فلا تسمى دعوى ولما

يجبر، ولا تصح الدعوى إلاَّ بذكر شيء علم جنسه وقدره، فإن كان ديناً ذكر أنَّه يطالبه به

حال المسالمة أو المنازعة مأخوذ من قولهم: ادعى إذا أضاف الشيء إلى نفسه بأن قال لي، ومنه دعوة الولد، وفي الشرع يراد به إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة لا غير كما في المبسوط، وقيل هي في اللغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وفي الشرع ما اختاره المصنف تبعاً للوقاية بقوله: (**إخبار**) عند القاضي أو الحكم فإنه شرط كما في الكافي وغيره (**بحق**) معلوم فإنه شرط (**له**) أي للمخبر (**على غيره**) أي على غير المخبر الحاضر لما في التنوير وغيره وشرطها مجلس القاضي وحضور خصم ومعلومية المدعي وكونها ملزمة وكون المدعي مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة انتهى فعلى هذا إطلاق المصنف لا يخلو عن شيءٍ كما في القهستاني إلاَّ أنْ يقال: عدم تقييده بالحضور لكون حضور مجلس القاضي مأخوذاً في مفهوم الدعوى وهي مطالبة حق عند من له الخلاص، ولئلا يخرج عن التعريف بلا تكلف الدعوى الصادرة عن صاحب كتاب القاضي إلى القاضي في مجلس القاضي الكاتب فإنَّه دعوى صحيحة حتى يكتب في الكتاب غب الاستشهاد بالدعوى الصحيحة الصادرة إلى آخره مع أنَّه إخبار بحق له على غيره وليس بحاضر وأما عدم تقييده بمجلس القضاء فلأنه جعله شرطاً وشرط الشيء خارج عن ذلك الشيء تأمل (**والمدعي**) شرعاً (**من لا يجبر**) أي لا يكره (**على**) هذه (**الخصومة**) أي المخاصمة، وطلب الحق فلا يشكل بما كان فيه مخاصماً من وجه آخر كما إذا قال: قضيت الدين بعد الدعوى فإنَّه لا يجبر على هذه الخصومة إذا تركها (**والمدعي عليه من يجبر**) على هذه الخصومة والجواب لكونه منكراً معنى ولو مدعياً صورة،

. . . .

كان مدار الباب على المدعي والمدعي عليه فسرهما مع الإشارة إلى الحكم فقال: (**والمدعي**) شرعاً (**من لا يجبر**) أي لا يكره (**على**) هذه (**الخصومة**) أي المخاصمة وطلب الحق فلا يشكل بما كان فيه مخاصماً من وجه آخر كما إذا قال: قبضت الدين بعد الدعوى فإنَّه لا يجبر على هذه الخصومة إذا تركها (**والمدعي عليه من يجبر**) على هذه الخصومة، والجواب فلا يشكل بوصي اليتيم فإنَّه مدعي عليه معنى، فيما إذا كان لليتيم حق على آخر حيث يجبره القاضي على الخصومة نظراً لليتيم زاد الباقاني في الحد بعد دعوى صحيحة لينطبق على المحدود، ولو في البلدة قاضيان كل في محلة، فالخيار للمدعي عليه عند محمد، وبه يفتي كما في البزازية أي، ولو القضاة في المذاهب الأربعة وأحدهم من أهل العسكر كما في المنح عن البحر، ثم ذكر أنَّ هذه لوكل في محلة فلو الولاية لقاضيين فأكثر على مصر واحد على السواء اعتبر المدعي (**قلت**) ورأيت بخطه على هامش البزازية أنَّه إذا كانت المذاهب الأربعة في مجلس واحد، فلا ينبغي أن يقع الخلاف في إجابة المدعي لما أنَّه صاحب الحق انتهى، وأفتى بعض موالي الروم بأنَّه إنْ انضم إليه احتمال ظلمه فللمدعي عليهم، والله الموفق، وركنها إضافة الحق لنفسه أو لمن ناب منابه وأهلها العاقل المميز، وشرطها مجلس القضاء وحضور خصمه، ومعلومية المدعي وكونها ملزمة وكون المدعي مما يحتمل الثبوت، فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة، وحكمها وجوب الجواب على الخصم، وسنتها تعلق البقاء المقدر يتعاطى المعاملات، (**ولا تصح الدعوى**)

. . . .

ولذا قال محمد: في الأصل المدعي عليه وهو المنكر، وهو الصحيح إذ الاعتبار للمعاني فلا يشكل بوصي اليتيم، فإنَّه مدعي عليه معنى فيما إذا أجبر القاضي على الخصومة لليتيم كما في القهستاني وإنما عرفهما بذلك وعدل عما يقتضي التعريف إشارة إلى اختلاف المشائخ فيهما فقيل المدعي من إذا ترك ترك والمدعي عليه خلافه، وهذا حاصل ما ذكر في هذا المتن قال أبو المكارم: والتعريف المذكور كان عاماً صحيحاً كما قال في الهداية: لكنه تعريف له بما هو حكمه انتهى وقيل المدعي من لا حجة له عليه والمدعى عليه خلاف هذا ولذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة، ولا يقال لرسولنا عليه الصلاة والسلام، وقيل: المدعي من لا يستحق إلا ببينة والمدعى عليه من يكون مستحقاً بلا حجة إذ بقوله هو لي يكون له على ما كان ما لم يثبت المدعي استحقاقه قيل المدعي من يلتمس خلاف الظاهر، وهو الأمر الحادث والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر، كالعدم الأصلي انتهى، إذ لا يعرض على من له اليد حق المدعي بمجرد دعواه، كما لا يعرض الوجود على العدم الأصلي فلم يلزم عليه ما قال بعض الفضلاء، ومنهم من قال المدعي من يلتمس خلاف الظاهر، ولا يلزم أنْ يكون أمراً حادثاً والمدعي عليه من يتمسك بالظاهر، ولا يلزم أنْ يكون عدماً أصلياً انتهى لأنَّ المراد بالأمر الحادث كونه محتاجاً إلى الدليل في ظهوره، ووجوده وبالعدم الأصلي عدم كونه محتاجاً إليه أصلاً فالمودع الذي يدعي رد الوديعة إلى المودع لا يكون مدعياً حقيقة، وكذا لا يكون المودع بإنكاره الرد منكراً حقيقة لأنَّه بإنكاره يدعي شغل ذمة المودع معنى وكذا المودع بادعائه الرد ينكر الشغل معنى ليفرغ ذمته عن الضمان فيجبر على الخصومة فيما أنكره معنى من الضمان لكونه مدعي عليه فيصدق قوله مع اليمين إذ الاعتبار للمعاني دون الصور، كما في شرح الوقاية لابن الشيخ **(ولا تصح الدعوى إلاَّ بذكر شيء)** أي قول دين أو عين **(علم جنسه)** أي جنس ذلك الدين كالدراهم والدنانير والحنطة وغيرها **(وقدره)** مثل كذا وكذا درهماً أو ديناراً أو كراً، قيل: لا بد أيضاً من ذكر وصفه بأنَّه جيد أو ردي في دعوى الدين إذ هو يعرف به لأنَّ إلزام الخصم بالمجهول عند قيام البرهان متعذر، وكذا الشهادة والقضاء غير ممكن بخلاف العين كما سيجيء، وفيه إشارة إلى أنَّه لو كتب صورة الدعوى بلا عجز عن تقريرها لا تسمع كما في القهستاني فإنْ عجز عن الدعوى عن ظهر القلب فكتب فتسمع كما في الخزانة **(فإن كان)**

. . . .

مفاده أنَّ الدعوى كما تكون صحيحة تكون فاسدة، فالصحيحة يتعلق بها إحضار الخصم ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكر والإثبات بالبينة ولزوم إحضار المدعي والفاسدة بخلاف ذلك وهي تفسد بشيئين بأنْ لا تكون ملزمة لشيء على الخصم إذا ثبت كمن ادعى على غيره أنَّه وكيله وثانيها أنْ يكون المدعي مجهولاً في نفسه كما في الكفاية والكافي وغيرهما **(إلاَّ بذكر شيء)** معين **(علم جنسه وقدره)** قيل وزنه ووصفه ونوعه وسببه كبيع أو قرض ومفاده أنَّه لو كتب صورة دعوى بلا

وإن كان نقلياً ذكر أنها في يد المدعي عليه بغير حق، وأنَّه يطالبه بها ولا بد من إحضارها إن أمكن ليشار إليها عند الدعوى والشهادة أو الحلف، وإن تعذر يذكر قيمتها، وفي

المدعي (**ديناً**) أي حقاً في الذمة (**ذكر**) المدعي (**أنه يطالبه به**) أي أن المدعي يطالب المدعى عليه بالدين لأن ذلك إلاّ إذا طالبه به فامتنع (**وإن كان**) المدعي عيناً (**نقلياً**) أي منقولاً (**ذكر**) المدعي (**أنها**) أي العين (**في يد المدعي عليه بغير حق**) دفعاً لاحتمال أن يكون مرهوناً أو محبوساً بالثمن في يده. قال صدر الشريعة هذه العلة تشتمل العقار أيضاً فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم، وفي حاشية يعقوب باشا جواب عن طرف صاحب الدرر، واعتراض عليه فليطالع (**وأنّه**) أي المدعي (**يطالبه**(أي المدعي عليه (**بها**) أي بالعين (**ولا بد من إحضارها**) أي يكلف إحضار العين منقولة (**إن أمكن**) الإحضار (**ليشار إليها**) أي إلى العين (**عند الدعوى و**) عند (**الشهادة أو الحلف**) لأنَّ الإعلام بأقصى ما يمكن شرط، وذلك بالإشارة في المنقول لأنَّ النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها أو بعث أميناً كما في البحر وغيره، لكنْ على رواية، وإلاَّ فقوله وإنْ تعذر يذكر قيمتها يغني عنه تدبر، وفي المجتبى معزياً إلى الأسبيجابي في مسألة الشاهدين إذا شهدا على سرقة بقرة واختلفا في لونها تقبل الشهادة خلافاً لهما، ثم قال: وهذه المسألة تدل على أنَّ إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ولو شرط لا حضرت، ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها، ثم قال: وهذه المسألة الناس عنها غافلون لكن ليس في ذلك دليل على ما ذكر لأنها إذا كانت غائبة لا يشترط إحضارها والقيمة كافية كما في البحر (**وإن تعذر**) أي تعذر إحضار المنقولات بأنْ كانت هالكة أو غائبة (**يذكر قيمتها**) ليصير المدعي معلوماً بها لأنَّ الغائب لا يعرف إلاَّ بالوصف والقيمة، قال أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة أو الأنوثة في الدابة هذا إذا ادعى العين، أما إذا ادعى قيمة شيء مستهلك فلا بد من بيان جنسه ونوعه، واختلفوا في بيان الذكورة والأنوثة في الدابة، قال العمادي: ادعى أعياناً

. . . .

عجز عن تقريرها لم يسمع ذكره القهستاني (**فإن كان**) المدعي (**ديناً ذكر أنَّه يطالبه به**) لأنَّه حقه (**وإن كان**) المدعي عيناً فإنْ (**نقليا ذكر أنَّها في يد المدعي عليه**) أي في تصرفه فلا يختص بيان الجنس والقدر بالدين (**بغير حق**) لاحتمال كونه مرهوناً أو محبوساً في يده بالثمن، وهذا في المنقول بلا خلاف واختلف في العقار، والمختار عند كثير أنَّه يقوله في العقار أيضاً، ذكره القهستاني، ونقله البرجندي عن العمادية قال: وعلى هذه الرواية فلا يحتاج إلى الفارق، انتهى على أنَّ تصريحهم به في المنقول لا ينفي الحكم عما عداه كما في الشرنبلالية نعم ظاهره أنَّهم لو شهدوا أنَّه ملك المدعي بلا ذكر أنَّه في يده بغير حق لم يقبل، والأصح أنه يقبل كما في خزانة المفتيين وأقره القهستاني (**و**) ذكر (**أنَّه يطالبه بها**) لأنَّه حقه (**ولا بد من إحضارها إنْ أمكن**) وعلى الغريم إحضارها (**ليشار إليها عند الدعوى و**) عند (**الشهادة أو الحلف وإن تعذر**) إحضارها بأن كان لحملها مؤنة، وإن قلت (**يذكر**) المدعي (**قيمتها**) فلو لم تذكرها

العقار لا يحتاج إلى قوله بغير حق ولا تثبت اليد فيه بتصادقهما بل ببينة أو بعلم القاضي في الصحيح، ولا بد فيه من ذكر البلد والمحلة والحدود الأربعة في الدعوى، والشهادة

مختلفة الجنس والنوع، والصفة وذكر قيمة الكل، ولم يذكر قيمة عين على حدة اختلف المشائخ فيه بعضهم شرط التفصيل، وبعضهم اكتفى بالإجمال وهو الصحيح لأنَّه لو قال غصب مني عيناً كذا، ولا أدري أنَّه هالك أو قائم، ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنَّه تسمع دعواه لأنَّ الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به كما في الكافي، فإنْ عجز عن ردها كان القول في مقدار القيمة قول الغاصب، فلما صح دعوى الغصب من غير بيان القيمة، فلا يصح إذا بين قيمة الكل جملة كان أولى، وفي التبيين فإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً بل أولى، وقيل يشترط ذكر القيمة إذا كانت الدعوى سقط عن الشهود أيضاً بل أولى، وقيل: يشترط ذكر القيمة إذا كانت الدعوى سرقة ليعلم أنَّ السرقة كانت نصاباً، فأما فيما سوى ذلك فلا يشترط كما في الجامع، وفي التنوير، وفي دعوى الإيداع لا بد من بيان مكانه سواء كان له حمل أو لا، وفي الغصب إنْ كان حمل ومؤنة فلا بد من بيان موضع الغصب، وإلاَّ لا وفي دعوى المثليات لا بد من ذكر الجنس والنوع، والصفة والقدر، وسبب الوجود **(وفي العقار لا يحتاج إلى قوله بغير حق)** كما يحتاج إليه في المنقول، ولكن يذكر أنَّ العقار في يده لأنَّ المدعي عليه لا يكون خصماً إلاَّ إذا كان العقار في يده، فلا بد من إثباته، لكن سؤال صدر الشريعة باقٍ على ما قاله يعقوب باشا في حاشيته ويؤيد ما في القهستاني من قوله، ويزيده في العقار أيضاً عند بعض المشائخ كما في قاضيخان، والخزانة، وهو المختار عند كثير، انتهى لكن اختلف المشائخ في الفتوى كما سيأتي تتبع **(ولا تثبت اليد)** أي يد المدعي عليه **(فيه)** أي في العقار **(بتصادقهما)** أي لا تثبت بتصادق المدعي، والمدعي عليه، على أنَّه في يده **(بل)** تثبت اليد فيه **(ببينة)** بأنْ يشهد الشهود أنَّهم عاينوا في يده حتى لو قالوا: أسمعنا ذلك لم تقبل **(أو بعلم القاضي)** أنَّه في يده لاحتمال كون العقار في يد غيرهما، وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لأنَّ اليد فيه مشاهدة فلا حاجة إلى البينة، ولا إلى العلم بل تثبت بتصادقهما **(في الصحيح)** احتراز عما قيل أنَّ اليد تصح بالإقرار فلا حاجة إلى البينة، ولا إلى العلم، وفي البحر شهدوا أنَّه ملكه ولم يقولوا في يده بغير حق يفتي بالقبول. قال الحلواني: اختلف فيه المشائخ والصحيح أنَّه لا تقبل لأنَّه إنْ لم يثبت أنَّه في يده بغيره لا يمكنه

. . . .

لم تصح الدعوى اتفاقاً وللقاضي أنْ يحضر بنفسه أو يبعث أميناً ليشار إليها وإلاَّ اكتفى بذكر القيمة لأنَّها مثلها معنى وهذا إذا أراد أخذ عينها أو مثلها في المثلى أما لو أراد أخذ قيمتها في القيمي اكتفى بذكر القيمة، ويكفي الإجمال أيضاً، ولا يحتاج لذكرها في دعوى الغصب هو الصحيح فيحلف خصمه **(وفي)** دعوى **(العقار لا يحتاج إلى قوله بغير حق)** وقد قدمناه **(ولا تثبت اليد فيه بتصادقهما بل ببينة أو بعلم القاضي في الصحيح)** فلذا استغنى عن زيادة بغير حق فتأمل **(ولا بد فيه)** أيضاً **(من ذكر البلد**

وأسماء أصحابها ونسبتهم إلى الجد وفي الرجل المشهور يكتفي بذكره، فإن ذكره ثلاثة وترك الرابع صح، وإن ذكره وغلط فيه لا وإذا صحت سأل القاضي الخصم عنها، فإن أقرَّ حكم عليه وإنْ أنكر سأل المدعي البينة فإنْ أقامها وإلاَّ حلف الخصم إن طلبه خصمه

المطالبة بالتسليم، وبه كان يفتي أكثر المشائخ، وقيل: يقضي في المنقول لا في العقار حتى يقولوا أنَّه في يده بغير حق فالصحيح الذي عليه الفتوى أنَّه تقبل في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم، وتمامه فيه فليراجع، وفي المنح وليس ما ذكر من اشتراط ثبوت اليد في العقار بالبينة، أو العلم مطلقاً في جميع الصور بل إذا ادعى المدعي ملكاً مطلقاً في العقار، أما دعوى الغصب والشراء، فلا يشترط ثبوت اليد **(ولا بد فيه)** أي في العقار **(من ذكر البلد والمحلة)**، وفي الفصولين في دعوى العقار لا بد أنْ يذكر بلدة فيها العقار، ثم المحلة، ثم السكة اختياراً لقول محمد فإنَّ مذهبه أنْ يبدأ بالأعم، ثم بالأخص، وقيل يبدأ بالأخص ثم بالأعم **(و)** لا بد من ذكر **(الحدود الأربعة في الدعوى، والشهادة وأسماء أصحابها)** أي أصحاب الحدود **(ونسبتهم إلى الجد)** ليتميزوا عن غيرهم لأنَّ تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهب الإمام، هذا إذا لم يكن مشهوراً **(وفي الرجل المشهور يكتفي بذكره لحصول المقصود به (فإن ذكر ثلاثة وترك الرابع صح)** وقال زفر: لا لأن التعريف لم يتم، ولنا أنَّ للأكثر حكم الكل على أن الطول يعرف بذكر الحدين والعرض بأحدهما، وقد يكون بثلاثة. روي عن أبي يوسف يكتفي الإثنان، وقيل الواحد **(وإن ذكره)** أي الحد الرابع **(وغلط فيه)** أي في الحد الرابع **(لا)** يصح لأنَّه يختلف المدعي، ولا كذلك بتركه، وفي المنح، وإنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد إني غلطت فيه.

أما لو ادعاه المدعي عليه لا تسمع ولا تقبل بينته وتمامه فيه فليطالع **(وإذا صحت)** أي إذا جازت، وقامت دعوى المدعي برعاية ما سبق **(سأل القاضي الخصم)** أي المدعي عليه **(عنها)** أي عن دعواه ليتضح وجه حكمه لأنَّ القضاء بالبينة يخالف القضاء بالإقرار، ومعنى سؤاله أنْ يقول: خصمك ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول **(فإنْ أقرَّ)** أي الخصم **(حكم عليه)** أي على الخصم أنْ يحكم القاضي بالخروج عن موجب ما أقرَّ به لأنَّ الإقرار حجة بنفسه، فلا يتوقف في صدقه على الحكم من القاضي، ولذا قال في الإصلاح فإنْ أقرَّ فبها، ولم يقل حكم **(وإنْ أنكر)** الخصم إنكاراً صريحاً أو غير صريح كما إذا قال: لا أقر، ولا أنكر فإنه إنكار عندهم وما

. . . .

والمحلة والحدود الأربعة في الدعوى) لأنَّه يعرف بها **(و)** في **(الشهادة)** ولا بد أيضاً من ذكر **(أسماء أصحابها ونسبتهم إلى الجد، وفي الرجل المشهور يكتفي بذكره)** لحصول المقصود به واكتفيا بشهرة الدار أيضاً **(فإن ذكر ثلاثة وترك الرابع صح، وإنْ ذكره وغلط فيها)** لا يصح لأنَّ المدعي يختلف به، ولا يختلف بتركه، ثم إنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد كما في الفضولين وفي القاعدية إنما يشترط ذكرها إذا أنكر المدعي عليه وأما إذا أقرَّ بعد الدعوى فالقاضي يأمره بالتسليم إليه لأنَّ الجهالة لا تضر بالإقرار **(وإذا صحت)** الدعوى **(سأل القاضي الخصم عنها فإنْ أقرَّ حكم عليه)** بإقراره لأنَّه حجة بنفسه **(وإنْ أنكر**

ليس لك إلاّ هذا شاهداك أو يمينه، فإن حلف انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة وإن

روي أنَّه إقرار غير ظاهر فيحبس حتى يقر فغلط، كما في القهستاني، لكن قال السرخسي: وعند أبي يوسف يحبس إلى أنْ يجيب وفي البحر والفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما في ألقنية، والبزازية فلذا افتيت بأنَّه يحبس إلاَّ أنْ يجيب، وتمامه فيه فليراجع **(سأل)** القاضي **(المدعي البينة)** في دعواه **(فإنْ أقامها)** أي إنْ أقام المدعي البينة يحكم القاضي على خصمه لأنَّه نور دعواه بالبينة فهي فيعلة من البيان أو البين إذ بها يظهر الحق من الباطل، ويفصل بينهما **(وإلاّ)** أي، وإنْ لم يقمها بل عجز عن إقامتها **(حلف)** أي حلف القاضي **(الخصم)** وهو المدعي عليه **(إن طلبه خصمه)** أي طلب المدعي تحليف المدعي عليه لأنَّه عليه الصلاة والسلام قال للمدعي: «ألك بينة»[1] فقال لا، وقال: فلك يمينه فقال: يحلف ولا يبالي، فقال عليه السلام: «ليس لك إلاَّ هذا شاهداك أو يمينه» فصار اليمين حقاً لإضافته إليه بلام التمليك قيد بتحليف القاضي لأنَّ المدعي عليه لو حلف بطلب المدعي يمينه بين يدي القاضي من غير استحلاف القاضي فذا ليس بتحليف لأنَّ التحليف حق القاضي، فلو برهن عليه تقبل وإلاَّ يحلف ثانياً عند القاضي، فلا يحلف قبل طلبه عند الطرفين في جميع الدعاوى.

وكذا عند أبي يوسف إلاَّ في مسائل، وفي الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب، والشفيع بالله ما أبطلت شفعتك، والمرأة إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما حلف لك زوجك شيئاً، ولا أعطاك النفقة، والمستحق يحلف بالله ما بعت، وأجمعوا على أنَّ من ادعى ديناً على الميت يحلفه القاضي بلا طلب الوصي والوارث **(فإن حلف)** المدعي عليه **(انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة)** أي إذا حلف المدعي عليه فالمدعي على دعواه، ولا يبطل حقه بيمينه إلاَّ أنَّه ليس له أنْ يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه، فإنْ أقامها بعد الحلف تقبل. قال عليه السلام: اليمين الفاجرة أحق أنْ ترد بالبينة العادلة، ولأنَّ طلب اليمين لا يدل على عدم البينة، لاحتمال أنَّها غائبة أو حاضرة في البلد، ولم تحضر،

. . . .

سأل المدعي البينة فإن أقامها فبها **(وإلاَّ حلف الخصم إن طلبه خصمه)** لأنَّه حقه **(فإن حلف انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة)** فتسمع البينة بعد يمين الخصم على ما هو الصواب. **(قلت)**: ولا يظهر بها كذب المنكر على الصواب أيضاً حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور، ذكره الزيلعي، وغيره وأشار إلى أنَّه

---

(١) أخرجه البخاري (خصومات، ٤) (أحكام، ٣٠)، ومسلم (إيمان، ٢٢٠، ٢٢٣، ٢٢٤)، وأبو داود (إيمان، ١)، (أقضية، ٢١، ٢٥، ٢٦)، والترمذي (بيوع، ٤٢)، (أحكام،١٢)، (تفسير سورة، ٣، ٤)، وابن ماجه (أحكام، ٧)، وأحمد بن حنبل (١، ٣٧٩، ٤٢٦، ٤، ٣١٧، ٥، ٢١١، ٢١٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ٢٥٨.

نكل مرة أو سكت بلا آفة فقضي بالنكول صح وعرض اليمين ثلاثاً ثم القضاء أحوط،

ولأنَّ اليمين بدل البينة، فإذا قدر على الأصل بطل حكم الحلف، فلا عبرة لما قاله بعض الفقهاء من أنَّ البينة لا تسمع بعد اليمين كما في الدرر وغيره **(وإن نكل)** عن اليمين **(مرة)** أي قال لا أحلف **(أو سكت بلا آفة)** من خرس أو طرش أو غيره فإنَّ السكوت بلا آفة نكول حكماً هو الصحيح كما في السراج **(فقضي)** أي قضى القاضي له عليه بالمال **(بالنكول)** أي بسبب الامتناع عنه **(صح)** ذلك القضاء لأنَّ النكول دل كونه باذلاً أو مقراً، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب دفعاً للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب على جانب التورع في نكوله **(وعرض اليمين)** عليه **(ثلاثاً)** بأنْ يقول له في كل مرة إني أعرض عليك اليمين فإنْ حلفت، وإلاَّ قضيت عليك بما ادعاه **(ثم القضاء)** **على تقدير نكوله** **(أحوط)** لما فيه من المبالغة في الأنظار، ولا عبرة بعد القضاء بقوله: احلف لأنَّه أبطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء، ويعتبر قوله إحلف قبيل الحكم، ولو بعد العرض ثلاثاً، وفيه إشعار بأنَّه لا بد أنْ يكون النكول في مجلس القضاء واتصل القضاء به، وبدونه لا يوجب شيئاً كما في التبيين وفي المجتبى يشترط أنْ يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشائخ، وقال الخصاف: لا يشترط حتى لو استمهله بعد العرض يوماً أو يومين أو ثلاثة فلا بأس، وهو قول الأئمة الثلاثة، وفي المنح، ولم أر فيه ترجيحاً، وفي البحر.

وأما المذهب فإنَّه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة وهو الصحيح، والأول أولى

. . . .

إنما يترتب التحليف على صحة الدعوى فيحلف فيما لا يشترط فيه الدعوى فيحلف فيما لا يشترط فيه الدعوى من حق الله كطلاق ووقف وتمامه في العمادية. **(قلت)**: ومفاده اشتراط صحة الدعوى لليمين فليحفظ، وإلى أنَّه لو حلفه المدعي لم يعتبر وإنْ كان في مجلس القاضي فيحلفه القاضي ثانياً، وكذا لو حلفه القاضي قبل طلبه حلفه ثانياً بطلبه وهذا عند الطرفين. وكذا عند أبي يوسف إلاَّ في مسائل: منها تحليف الشفيع أنَّه ما أبطل شفعته، وتمامه في العمادية. **(قلت)**: وينبغي أنْ يستثنى من كان له دين على الميت فإنَّه يحلف قبل طلب الوصي والوارث بالإجماع أنَّه لم يستوف دينك من الميت بوجه كما في الخلاصة وغيرها، وأقره القهستاني وغيره **(وإن نكل مرة أو سكت بلا آفة)** من خرس أو طرش فإنه نكول حكماً **(فقضى بالنكول صح)** ونفذ قضاؤه هو الصحيح، فلو قال بعد القضاء أنا أحلف لم يلتفت إليه **(وعرض)** القاضي **(اليمين ثلاثاً)** من المرات **(ثم الضقاء)** عليه بدعوى المدعي **(أحوط)** وقيل واجب حتى لو قضى بعد العرض مرة لم يصح وإليه ذهب الحاكم كما في قضاء المنية، ذكره القهستاني ولو قال: لا أقر، ولا أنكر لا يستحلف بل يحبس ليقر أو ينكر كما في التنوير، ولو اصطلحا على أنَّ يحلف عند غير قاضٍ ويكون بريئاً فهو باطل، وكذا لو اصطلحا على أنَّ المدعي لو حلف فالخصم ضامن للمال، وحلف لأنَّ فيه تغيير الشرع. **(قلت)**: ومفاده صحة الدعوى لصحة الصلح ومر في باب

ولا ترد يمين على مدع، ولا يقضي بشاهد ويمين، ولا يحلف في نكاح ورجعة وفيء وإيلاء واستيلاد ورق ونسب وولاء وعندهما يحلف وبه يفتى ولا في حد ولعان،

انتهى **(ولا ترد يمين على مدع)** إذا نكل المدعي عليه عن اليمين، وعند الأئمة الثلاثة ترد عليه عند نكوله فإنْ حلف قضيَّ له وإلا لا **(ولا يقضي بشاهد ويمين)** وقال الشافعي: لو أقام المدعي شاهداً واحداً، وعجز عن الآخر ترد اليمين على المدعي فإنْ حلف قضيَّ له وإلاَّ لا لأنَّ النبي عليه الصلاة والسلام، قضى بشاهد ويمين، ولنا قوله ﷺ: «البينة للمدعي واليمين على من أنكر»[1]، وهذا الحديث مشهور كائن كالمتواتر، وحديث الشاهد واليمين غريب ضعفه الطحاوي، وأول من قضى به معاوية رضيَّ الله عنه، ولم يقع العمل به إلى زمانه لعدم الحاجة إليه حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ **(ولا يحلف في نكاح)** أي نفس النكاح أو الرضى به أو الأمر به، فلو ادعى أحد من الزوجين بلا بينة نكاحاً على الآخر، وهو منكر **(ورجعة)** بأنْ يدعي أحد الزوجين بعد العدة على الآخر أنَّه راجعها في العدة، والآخر ينكرها فإنْ ادعى الرجعة في العدة يثبت بقوله: في الحال كما في القهستاني **(وفيء وإيلاء)** كذا في نسخة المصنف لكن الأولى كما في سائر المتون، وفيء إيلاء بدون الواو أي في الرجوع في مدة الإيلاء بأنْ يدعي أحدهما على الآخر بعد مدة الإيلاء أنَّه فاء ورجع إليها في مدته، والآخر منكر، وفي القهستاني فإنْ اختلفوا قبل المدة ثبت الفيء بقوله: **(والاستيلاد)** أي طلب ولد بأن يدعي أحد من الأمة والمولى أو الزوجة والزوج أنَّها ولدت منه ولداً حياً أو ميتاً كما في قاضيخان، لكن في المشاهير أنَّ دعوى الزوج والمولى لم يتصور لأنَّ النسب ثبت بإقراره، ولا عبرة لإنكارها بعده، ويمكن أنْ يقال أنَّه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما دل عليه تصويرهم كما في القهستاني **(ورق)** بأنْ ادعى رجل على مجهول الحال أنَّه رقه أو ادعى المجهول أنَّه سيده وأنكر الآخر **(ونسب)** بأن ادعى أنَّ هذا ولده أو والده أو هو يدعي عليه والآخر ينكر **(وولاء)** سواء

. . . .

الاستحقاق خلافه، وسيجيء في بابه فتنبه **(ولا ترد يمين على مدع ولا يقضي بشاهد ويمين)** للحديث المشهور الكائن كالمتواتر: البينة على المدعي واليمين على من أنكر، خلافاً للشافعي فيهما **(ولا يحلف)** المنكر عنده خلافاً لهما **(في)** سبعة أمور، صورة، وأكثر من عشرين معنى ذكره القهستاني. **(قلت)**: وقد كتبت في كتاب الشركة أنَّه لا تحليف في نيف وستين مسألة، وحررتها ثمة بلا مزيد عليه فإنْ شئته فارجع إليه، **(نكاح)** أنكره هو أو هي **(ورجعة)** جحدها هو أو هي بعد عدة **(وفيء وإيلاء)** أنكره أحدهما بعد المدة **(واستيلاد)** تدعيه الأمة، ولا يتأتى عكسه لثبوته بإقراره **(ورق ونسب)** بأنْ ادعى على مجهول النسب أنَّه قنه أو ابنه وبالعكس **(وولاء)** عتاقة أو موالاة ادعاه الأعلى أو الأسفل **(وعندهما**

---

(١) أخرجه البخاري (رهن، ٦، ٢٠، ٢٣)، (شهادات، ١) (تفسير سورة، ٣، ٣)، ومسلم (أقضية، ١، ٢)، وأبو داود (أقضية، ٢٣)، والترمذي (أحكام، ١٢)، والنسائي (قضاة، ٣٦)، وابن ماجه (أحكام، ٧)، وأحمد بن حنبل (١، ٢٥٣، ٢٨٨، ٣٤٣، ٣٥١، ٣٥٦، ٣٦٣، ٢، ٧٠)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٢/ ١٣٢.

والسارق يحلف فإنْ نكل ضمن ولا يقطع ويحلف الزوج إنْ ادعت طلاقاً قبل الدخول

كان ولاء العتاقة، أو ولاء الموالاة بأنْ يدعي أحد من المعروف والمجهول على الآخر أنَّه معتقه أو مولاه فلا يحلف عند الإمام في هذه الأمور لأنَّ المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكول جعله بذلاً وإباحة صيانة عن الكذب الحرام، والبذل لا يجري في هذه الأمور (وعندهما) وهو قول الأئمة الثلاثة (يحلف) لأنَّ النكول إقرار، والظاهر أنَّه يحلف على تقدير صدقه فإذا امتنع عليه ظهر أنَّه غير صادق في إنكاره إذ لو كان صادقاً لاقدم عليه، ولما كان النكول إقراراً، فالإقرار يجري في هذه الأشياء فيستحلف على صورة إنكار المنكر لا على دعوى المدعي حتى إنْ نكل يقضي بالنكول (وبه) أي بقول الإمامين (يفتي) كما في قاضيخان، وهو اختيار فخر الإسلام علي البزدوي معللاً بعموم البلوى. وفي النهاية قال المتأخرون: إنَّ المدعي إذا كان متعنتاً يأخذ القاضي بقولهما وإنْ مظلوماً بقوله: (ولا) يستحلف (في حد) اتفاقاً هو خالص حق الله تعالى كحد الزناء، والشرب والسرقة، أو غالب حقه تعالى كحد القذف فإنَّ حق العبد فيه مغلوب فلو ادعى أحد على أحد قذفه بالزناء فأنكره لم يحلف إلاَّ إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزناء، وقال: إنَّ زنيت فأنت حر فادعى العبد أنَّه قد زنى ولا بينة عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل يثبت العتق دون الزناء، ذكره الزيلعي وصححه الحلواني خلافاً للسرخسي (و) لا في (لعان) أيضاً بالإنفاق إذا ادعت المرأة على زوجها أنَّه قذفها قذفاً يوجب اللعان، وأنكر الزوج لأنَّ اللعان قائم مقام حد الزناء في جانب الزوج، فلا يثبت بالنكول الذي هو إقرار مع شبهة.

(والسارق يحلف) بالإتفاق عند إرادة أخذ المال، ويقول فيه: بالله ما له عليك، هذا المال، وعن محمد أنَّ القاضي يقول للمدعي: ماذا تريد، فإنْ قال: أريد القطع، يقول في جوابه: إنَّ الحدود لا يستحلف فيها وإنْ قال أريد المال يقول له: دع دعوى السرقة وادع المال (فإنْ نكل) عن الحلف (ضمن) المال (ولا يقطع) لأنَّ النكول إقرار مع شبهة فيعمل في الضمان دون القطع كما إذا شهد رجل وامرأتان على السرقة والمال تقبل في المال دون القطع (ويحلف

. . . .

يحلف) ومبنى الخلاف أنَّ النكول عنده بذل، وعندهما إقرار، والإقرار يجري في هذه الأمور فيحلف على صورة إنكار المنكر لا على دعوى المدعي فيقول: بالله ما بينكما نكاح قائم (وبه يفتي) لعموم البلوى كما في الاختيار وغيره. وفي النهاية قال المتأخرون: إن المدعي متعنتاً فبقولهما ومظلوماً فبقوله: وأقرّه القهستاني والبرجندي (ولا) يحلف عندهم جميعاً (في حد) خالص لله كزناء، وشرب وسرقة أو مغلب حقه تعالى كحد قذف (و) كذا في (لعان) لأنَّه كالحدينديء بالشبهة إلاَّ إذا تضمن شيء من هذه المذكورات حقاً للعبد فيحلفا عندهم كمهر، ونفقة وارث وكان علق عتق عبده بزناء فللعبد تحليفه، فإنْ نكل ثبت العتق لا الزناء، وأشار لباقي المستثنيات فقال: (والسارق يحلف) إجماعاً لأجل المال (فإن نكل ضمن ولا يقطع) لأنَّ المال يثبت بالنكول الذي فيه شبهة بخلاف القطع

إجماعاً فإن نكل ضمن نصف المهر. وكذا في النكاح إنْ ادعت مهرها، وفي النسب إنْ ادعى حقاً كإرث ونفقة وغيرهما، وفي القصاص فإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونها يقتص، وعندهما يضمن الأرش فيهما، فإنْ قال المدعي لي بينة

الزوج إنْ ادعت) الزوجة **(طلاقاً)** بلا بينة لها عليه **(قبل الدخول إجماعاً)** لأنَّ مقصودها المال، والاستحلاف يجري في المال بالإجماع **(فإن نكل ضمن)** الزوج **(نصف المهر)** وإنما وضع المسألة في الطلاق قبل الدخول، لأنَّه لو أطلق ينصرف إلى الطلاق الذي يلزم منه المهر تاماً ويبقى أمر الطلاق الذي يلزم منه نصف المهر مستوراً فكشفه أولى مع أنَّ لزوم الحلف في الطلاق بعد الدخول بطريق الأولى فإنَّه إذا استحلفه قبل تأكد المهر فبعده أولى.

(وكذا) يحلف **(في النكاح إنْ ادعت)** المرأة **(مهرها)** وأنكر الزوج فلو نكل يلزم المهر، ولا يثبت النكاح عند الإمام بخلاف الطلاق.

وكذا إذا ادعت النفقة بالنكاح يستحلف، فإنْ نكل يلزم النفقة دون النكاح **(وفي النسب)** أي يحلف في دعوى النسب **(إنْ ادعى حقاً كإرث ونفقة)** بأنْ ادعى رجل على رجل أنَّه أخوه مات أبوهما، وترك مالاً في يد المدعي عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعي عليه بسبب الإخوة فإنَّه يستحلف على النسب بالإجماع فإن حلف بريء، وإنْ نكل قضى بالمال، والنفقة لا النسب إنْ كان النسب نسباً لا يصح الإقرار به، وإن كان سبباً يصح الإقرار به فعلى الخلاف **(وغيرهما)** كالحجر بأن كان الصبي في يد رجل التقطه، وهو لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة حرة الأصل أنَّه أخوها تريد قصر يد الملتقط لما لها من حق الحضانة وأرادت استحلافه فنكل ثبت لها حقّ نقل الصبي إلى حجرها، ولا يثبت النسب.

وكذا العتق بسبب الملك، بأن ادعى عبد على مولاه أنَّه عتق لأنَّه أخوه أو أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له: أنا أخوك فإنَّ المدعي عليه يستحلف على ما يدعى بالإجماع **(وفي القصاص)** أي يحلف جاحد القود في النفس، والأطراف بالاتفاق **(فإن نكل في)** دعوى **(النفس)** لم يقتص منه بل **(حبس حتى يقر)** فيقتص منه **(أو يحلف)** فيطلق عن الحبس وإلاَّ يحبس أبداً **(و)** إنْ نكل **(فيما دونها)** أي النفس **(يقتص)** منه، وهذا عند الإمام لأنَّ الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، ولهذا أبيح قطعها للحاجة، ولم يجب على القاطع الضمان

. . . .

(ويحلف الزوج) المنكر **(إن ادعت طلاقاً قبل الدخول إجماعاً)** لما ذكرنا **(فإن نكل ضمن نصف المهر وكذا)** يحلف الزوج **(في النكاح إن ادعت مهرها)** أو نفقتها **(و)** يحلف المنكر **(في النسب إنْ)** ادعى حقاً كإرث ونفقة وغيرهما، كحجر في لقيط أنَّه أخوها، وأنَّه أولى بحضانتها وامتناع رجوع في هبة لأنَّه أخوه فأنكر الواهب يستحلف فإنْ نكل ثبت الامتناع دون الأخوة **(و)** يحلف **(في القصاص)** بالإجماع في النفس، والأطراف **(فإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف، وفيما دونها يقتص)** عنده

حاضرة وطلب يمين خصمه لا يحلف ويكفل بنفسه ثلاثة أيام، فإن أبى لازمه ودار معه

إذا قطعها بأمر صاحبها بخلاف النفس، فإنَّه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص في رواية، والدية في أخرى، وإذا سلك بالأطراف مسلك الأموال يجري فيه البذل، كما يجري في الأموال، كما في أكثر المعتبرات، وما قاله أبو المكارم من أنَّه يتوجه عليه حينئذ لزوم قطع يد السارق بالنكول، وقد مر أنَّه لا يقطع ليس بوارد لأنَّ قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالأموال بخلاف القطع في السرقة، فإنَّه خالص حق الله تعالى، وهو لا يثبت بالشبهة فظهر الفرق بينهما تدبر **(وعندهما يضمن الأرش فيهما)** أي في صورتي دعوى النفس، والأطراف لأنَّ النكول إقرار عندهما لكن فيه شبهة البذل فيمتنع في الطرف بما فيه شبهة القصاص، كما في النفس، فيجب المال فيهما لتعذر القصاص خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من وجب عليه القصاص، كما إذا أقر بالخطأ، والولي يدعي العمد، وعند الأئمة الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعي على أنَّه صادق في دعواه بناء على ما مر من أصولهم **(فإنْ قال المدعي لي بينة حاضرة)** في المصر **(وطلب يمين خصمه لا يحلف)** عند الإمام، وهو الصحيح كما في المضمرات وغيرها. وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه يجيبه وللإمام أنَّ ثبوت اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما روينا، فلا يكون حقه دونه، ومحمد مع أبي يوسف، فيما ذكره الخصاف، ومع الإمام فيما ذكره الطحاوي كما في أكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمصنف أنْ يذكر الخلاف، تدبر قيدنا بالمصر لأنَّها لو كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالإتفاق، وإنْ كانت خارج المصر يحلف بالاتفاق، وفي المجتبى، وقدرت الغيبة بمسيرة السفر، وفي المنح وحضورها في المصر وهو محل الاختلاف، وظاهر ما في خزانة المفتين خلافه فإنَّه قال الاستخلاف يجري في الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعي عليه، ويقول المدعي: لا شهود لي أو شهود لي غيب أو مرضي، وفي البحر ادعى المديون الإيصال فأنكر المدعي، ولا بينة له فطلب يمينه فقال المدعي: اجعل حقي في الختم، ثم استخلفني فله ذلك في زماننا **(ويكفل)** من التكفيل **(بنفسه)** أي يؤخذ من المدعي عليه كفيل بنفسه كيلا يغيب فيضيع حقه استحساناً، والقياس أنْ لا يكفل قبل إقامة البينة، وهو مذهب الشافعي، ويجب أن يكون الكفيل معروفاً ثقة، ولا يتوهم اختفاؤه بأنْ يكون له دار وحانوت

. . . .

(وعندهما يضمن الإرش فيهما) لأنَّ النكول إقرار فيه شبهة فتلزم الدية في الصورتين، وله أنَّ الأطراف يسلك بها مسلك الأموال بخلاف النفوس، وقالوا: يستحلف في التعزير اتفاقاً فإنْ نكل عزر. **(قلت)**: وحيلة دفع يمينها لو ادعى نكاحها أنْ تتزوج فلا تحلف، كما حررت في شرح التنوير **(فإن قال المدعي: لي بينة حاضرة)** أي في المصر **(وطلب يمين خصمه لا يحلف)** خلافاً لهما، والصحيح قوله: كما في المضمرات وغيرها، ولو حاضرة في مجلس الحكم لم يحلف اتفاقاً ولو خارج المصر حلف اتفاقاً **(ويكفل بنفسه ثلاثة أيام)** هو الصحيح، وقيل لمجلسه الثاني ولو لسبعة أيام، وصحيح، وقيل لرأي

حيث دار وإن كان غريباً يكفل أو يلازم قدر مجلس القاضي، واليمين بالله تعالى لا

ملكاً له، وله أن يطالب وكيلاً بالخصومة حتى لو غاب الأصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه، وصح أنْ يكون كفيلاً ووكيلاً، وإنْ أعطاه فله أنْ يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل، وإنْ كان المدعى منقولاً فله أنْ يطالبه مع ذلك كفيلاً بالعين ليحضرها، ولا يغيبه المدعي عليه، وإنْ كان عقاراً لا يحتاج إلى ذلك، وفيه إشارة إلى أنَّ القاضي يكفله، ولو لم يطلبه المدعي، وهذا إذا كان المدعي جاهلاً بالخصومة.

وأما إذا كان عالماً، فلا يكفله القاضي بلا طلبه **(ثلاثة أيام)** هذا مروي عن الإمام، وهو الصحيح كما في الكافي وغيره، وصحح في الخانية أنَّه إلى جلوس القاضي مجلساً آخر، وقيل يفوض إلى رأي القاضي، وهو الأشبه برأي الإمام، ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والحقير. وكذا بين القليل من المال، والكثير عن محمد أنَّ الخصم إنْ كان بحيث لا يخفي نفسه، بهذا القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل قيد بقوله: لي بينة حاضرة للتكفيل، ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي: لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل إذ لا فائدة فيه، بل يحلف، فإذا حضر بعدما حلف تقبل بينة المدعي.

وكذا لو قال المدعي: لا بينة لي، وطلب يمين خصمه فحلفه القاضي فقال: لي بينة فإنَّ القاضي يقبل ذلـك منه وقيل: لا تقبل، وفي البحر ادعى القاتل أنَّ له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام، فإنْ مضت، ولم يأت بالبينة، وقال لي بينة غائبة يقضي بالقصاص قياساً كالأموال، وفي الاستحسان يؤجل استعظاماً لأمر الدم **(فإنْ أبى)** عن إعطاء الكفيل **(لازمه)** مقدار مدة التكفيل **(ودار معه)** أي مع الغريم **(حيث دار)** تفسير الملازمة. وفي البحر نقلاً عن الصغرى رأيت في زيادات بعض المشائخ أنَّ الطالب لو أمره غيره بملازمة مديونه فللمديون أنْ لا يرضى عند الإمام خلافاً لهما، وجعله فرعاً لمسألة التوكيل بغير رضى الخصم، لكن لا يحبسه في موضع، لأنَّ ذلك حبس، وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى، ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف، والمدعي يدور معه، وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإنَّ الطالب لا يمنعه من الدخول إلى أهله بل يدخل المطلوب إلى أهله، والملازم على باب داره **(وإن كان)** المطلوب **(غريباً يكفل أو يلازم قدر مجلس القاضي)** إلى أنْ يقوم من مجلسه لأنَّ في أخذ

. . . .

القاضي، ورجح بأنه لا شبهة برأي الإمام ذكره الباقاني، ولو قال: لا بينة لي أو لا دفع لي لم يكفل بل يحلف، ونقبل البينة بعده كما مر وإنْ شرط عند التحليف أنْ لا تسمع بعده كما في شهادات المنية، ومفاده أنَّه لو كان له بينة عادلة حاضرة ولم يقبل بذلك، كان له أنْ يستحلف كما قال سيف الأئمة: لكن قال شرف الأئمة، هذا إذا ظن أنَّه ينكل.

وأما إذا ظن أنَّه يحلف كاذباً فلم يعذر في التحليف كما في قضاء المنية وأقره القهستاني **(فإنْ أبى)** عن إعطاء الكفيل **(لازمه)** بنفسه أو أمينه **(ودار معه حيث دار)** إلاَّ إذا دخل داره، فيجلس على

بطلاق وعتاق وقيل إن ألحّ الخصم صح بهما في زماننا وتغلظ بذكر صفاته تعالى إن شاء

الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضراراً به يمنعه عن السفر، ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً فإنْ برهن في المجلس فبها وإلاّ يحلفه إنْ شاء أو يدعه (**واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق**) لقوله عليه الصلاة والسلام: «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»[1] (**وقيل إنْ ألحَّ الخصم صح**) اليمين (**بهما**) أي بالطلاق، والعتاق (**في زماننا**) لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى كما في الهداية، لكن لا يقضي عليه بالنكول لأنَّه نكل عما هو منهيٌ عنه شرعاً حتى لو قضى لا ينفذ، وإنما أتى بصيغة التمريض لأنَّ أكثر مشائخنا لم يجوزوه، وفي البحر الفتوى على عدم التحليف بالطلاق، والعتاق وهو ظاهر الرواية، وفي الخانية ومنهم من جوزه في زماننا والصحيح ما في ظاهر الرواية انتهى (**وتغلظ**) اليمين (**بذكر صفاته تعالى**) أي صفات الله تعالى مثل قوله: والله الذي لا إله إلاَّ هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك، ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه، وهو كذا وكذا، ولا

. . . .

الباب، وليس له منعه من العمل إلاَّ إذا أعطاه نفقته، ونفقة عياله، ولو اختار المطلوب الحبس، والطالب الملازمة فالخيار للطالب ما لم يكن بملازمته ضرر بين فيحبس دفعاً للضرر عنه كما في حجر الهداية. (**قلت**): ومن القضاة من أوجب حبسه لاحتياج المدعي لطلب شهود وغيره، ذكره القهستاني (**وإن كان غريباً**) أي مسافراً (**يكفل أو يلازم قدر مجلس القاضي**) لا غير دفعاً للضرر حتى لو علم، وقت سفرت يكفله إليه، فإنْ برهن فبها وألاَّ يحلفه إنْ شاء، (**واليمين**) الذي يقضي بالنكول عنه يكون (**بالله تعالى**) دون غيره أي للناطق. (**قلت**) وأما الأخرس فتحليفه بِأن يقول القاضي له: عليك عهد إنْ كان كذا فيشير بنعم أولاً لا بالله أنَّه كان كذا لأنَّه إذا قال: نعم يكون إقراراً لا يميناً كما في الشرنبلالية، وغيرها زاد في شرح الوهبانية، ولو أصم أيضاً كتب له ليجيب بخطه إنْ عرفه وإلاَّ فبإشارته ولو أعمى أيضاً فأبوه أو وصيه، أو من نصب القاضي فليحظ (**لا بطلاق وعتاق**) ونحوهما فإنه حرام، ولذا لو قال المدعي حلفه بالطلاق يكفر عند البعض كما في سير المضمرات (**وقيل إن ألح**) وبالغ (**الخصم**) على التحليف به (**صح**) ذلك التحليف (**بهما في زماننا**) لتهاونهم بالحلف بالله فلو لم يصح ذلك لذهب دماء الناس، وأموالهم وإن ألح المستفتي يفتي أنَّ الرأي للقاضي كما في الشرنبلالية، لكن لو حلفه به فنكل فقضي عليه لا ينفذ. (**قلت**): وفيه أنَّه يفوت ما مر من حفظ دمائهم وأموالهم بالحلف به اللهم إلاَّ أنْ يقال: إنَّه إذا احترز عنه فعسى أن يقرَّ بالمدعي ذكره الباقاني، لكن جعل في التنوير عدم النفاذ قول الأكثر، قال مصنفه في منحه تبعاً لشيخه في بحره فعلى قول الأقل ينفذ، وإلاَّ فلا فائدة انتهى اللهم إلاَّ أنْ يقال لعل فائدته ما ذكره الباقاني فليحرر. (**قلت**): وقالوا: لو حلف بالطلاق مثلاً ثم، برهن على المال هل يظهر كذبه خلاف والفتوى أنَّه إن ادعاه بلا سبب فنعم وإن به فلا لجواز وجود القرض، ثم الإبراء، والإيفاء فليحفظ (**وتغلظ**) اليمين (**بذكر صفاته تعالى**) وقيده بعضهم بفاسق ومال خطير (**إن**

---

(١) أخرجه البخاري (توحيد، ١٣)، والترمذي (نذور، ٨)، والموطأ (نذور، ١٤)، وأحمد بن حنبل (٢، ٧، ١١، ١٧، ٢٠، ٣٤، ٧٦)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ٨٢.

القاضي ويحترز من التكرار لا بزمان أو مكان، ويحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه الصلاة والسلام والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله ولئن سألتهم من خلقهم

شيء منه (إنْ شاء القاضي) لأنَّ أحوال الناس شتى، فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فتغلظ عليه لعله يمتنع بذلك والاختيار في صفة التغليظ إلى القاضي يزيد فيه ما شاء، وينقص ما شاء إلاَّ أنَّه يحتاط (**ويحترز من التكرار**) أي يحترز عن عطف بعض الأسماء على البعض، وإلاَّ لتعدد اليمين، ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضي عليه بالنكول لأنَّ المستحق يمين واحدة، وقد أتى بها ولو لم تغلظ جاز، وقيل: لا تغلظ على المعروف بالصلاح، وقيل: تغلظ في الخطير من المال دون الحقير (**لا**) **تغلّظ** (**بزمان**) على المسلم بأن يستحلف في أول الجمعة أو آخرها أو ليلة القدر لأنَّ فيه تأخير المدعي (**أو مكان**) بأن يستحلف في مسجد الجامع عند المنبر لأنَّ المراد هو اليمين بالله تعالى، والزيادة عليها زائدة على النص، وفي الحاوي القدسي، ولا يستحب تغليظ اليمين بهما انتهى، وظاهره أنَّه مباح لأنَّه نفي الاستحباب، وهو لا يستلزم نفي الإباحة بخلاف العكس، لكن قال الزيلعي: فلا يشرع تدبر، وعند الأئمة الثلاثة يجوز أن تغلظ بهما أيضاً إنْ كانت اليمين في قسامة، ولعان، ومال عظيم (**ويحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام و**) يحلف (**النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه الصلاة والسلام**) فتؤكد اليمين بذكر المنزل على نبيهما (**و**) يحلف (**المجوسي بالله الذي خلق النار**) لأنَّهم يعظمون النار تعظيم العبادة فتؤكد بما يعتقدونه معظماً ليفيد فائدة اليمين، وقيل أنَّ المجوسي حلف بالله لا غير كما لا يستحلف بالله الذي خلق الشمس لأنَّ ذكر النار مع الله تعالى يشعر تعظيمها، وما ينبغي أنْ يعظم بخلاف الكتابين لأنَّ كتب الله تعالى معظمة، وعن الإمام أنَّه لا يستحلف أحد إلاَّ بالله خالصاً (**و**) يحلف (**الوثني بالله**) فحسب إذ يقر بالله تعالى أنَّه خالقه لأنَّ الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى أنَّه خالق العالم، قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله﴾ هكذا قالوا،

. . . .

شاء القاضي) ذلك (**ويحترز من التكرار**) زاد في التنوير تبعاً للزيلعي، وغيره أنَّه لو نكل عن التغليظ، لا يقضي عليه بشيء انتهى. (**قلت**): ولم أر من جعله كالأول فتأمل (**لا**) أي يستحب التغليظ على المسلم (**بزمان أو مكان**) كما في الحاوي وظاهره أنه مباح، وظاهر القهستاني كالهداية وغيرها أنَّه مشروع لنفيهم وجوبه، وظاهر الكافي أنه غير مشروع ومشي عليه الزيلعي فتنبه (**و**) يغلظ على غير المسلم بما اعتقده فحينئذ (**يحلف اليهودي**) بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل (**على عيسى عليه الصلاة والسلام والمجوسي بالله الذي خلق النار**) ولو اقتصر على قوله بالله كفى كالمسلم، كما في الاختيار وعنه لا يحلف الفرق الثلاث إلاَّ بالله كما في الكافي (**و**) يحلف (**الوثني**) وغيره من المشركين (**بالله**) تعالى وحده، وكان القياس تحليفه بالله الذي خلق الأوثان إلاَّ أنهم قالوا: ما

ليقولن الله ولا يحلفون في معابدهم ويحلف على الحاصل، ففي البيع والنكاح بالله ما بينكما بيع قائم أو نكاح قائم في الحال، وفي الطلاق ما هي باين منك الآن وفي الغصب ما يجب عليك رده، وفي الوديعة ما له هذا الذي ادعاه في يدك وديعة، ولا شيء منه ولا له قبلك حق لا على لسبب نحو بالله ما بعته، خلافاً لأبي يوسف فإن كان في الحلف

وفي المنح وغيره، ويشكل عليه أنَّ الدهرية منهم لا يعتقدونه، ولا دلالة في الآية على ما ذكر لأنَّ الوثني يعبد غير الله تعالى ويعتقد أنَّ الله تعالى خالقه انتهى، لكن يمكن أنَّ الدهري هو من يقول: بقدم الدهر، وبإسناد الحوادث إليه، ويقولون أنَّ مبدأ الممكنات هو الله تعالى كما قيل، فلم يلزم عدم اعتقادهم الله تعالى، وعدم دلالة النص، ولأنَّ الدهري يعتقدون الدهر القديم هو الله تعالى، فلم يلزم عدم اعتقادهم تأمل **(ولا يحلفون)** أي الكفار **(في معابدهم)** لأنَّ فيه تعظيماً لها، والقاضي ممنوع عن أن يحضرها، وكذا أمينه لأنَّها مجمع الشياطين لا أنه ليس له حق الدخول، وفي البحر، وقد افتيت بتعزيز مسلم لازم الكنيسة مع اليهود والنصارى **(ويحلف)** المدعي عليه **(على الحاصل)**، هذا نوع آخر من كيفية اليمين، وهو الحلف على الحاصل، والسبب والضابط في ذلك أنَّ السبب إما أنْ كان مما يرتفع برافع أو لا، فإنْ كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع وإنْ كان الأول فإنْ تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وإنْ لم يتضرر يحلف على الحاصل عند الطرفين، وعلى السبب عند أبي يوسف كما سيأتي، ثم شرع في تفصيله فقال: **(ففي البيع والنكاح)** تحلف **(بالله ما بينكما بيع قائم)** في الحال إذا ادعى أنَّه اشتراه **(أو نكاح قائم في الحال)** إذا ادعت النفقة فلو ادعت النكاح كان المثال على مذهبهما في التحليف، وأما عند الإمام لا يحلف كما مر **(وفي الطلاق)** بالله **(ما هي باين منك الآن)** إذا ادعت الطلاق البائن فلو ادعت رجعياً حلف على السبب لكنه خلاف الظاهر، فإنَّه يحلف على الحاصل في الظاهر، وفيه إشعار بأنَّ سبب الحاصل كما يتحقق في ضمن فعل العقد يتحقق في ضمن فعل آخر من الأفعال الحسية كما في القهستاني **(وفي الغصب)** بالله **(ما يجب عليك رده)** أي رد المغصوب **(وفي الوديعة)** بالله **(ما له هذا الذي ادعاه في يدك وديعة، ولا شيء منه)** أي من الذي في يدك **(ولا له قبلك حق)** وفي الاختيار، ويحلفه في الدين بالله ما له عليك من الدين، والقرض قليل ولا كثير لاحتمال أنَّه أدى البعض أو أبرأه منه، فلا يحنث في يمينه على الجميع **(لا)** يحلف **(على السبب نحو)** أنْ يقول في البيع **(بالله ما**

. . . .

نعبدهم إلاَّ ليقربونا إلى الله زلفى فلا يغلظ بالصنم، وغيره ذكره البرجندي والقهستاني وجزم ابن الكمال بأنَّ الدهرية لا يعتقدونه تعالى. (قلت): وعليه فيما إذا يحلفونه فليحرر (و) الفرق الأربعة **(لا يحلفون في معابدهم)** لكراهة دخولها **(ويحلف)** القاضي في دعوى سبب هو فعل يرتفع **(على الحاصل)** أي على صورة إنكار المنكر وفسره بقوله **(ففي البيع والنكاح بالله ما بينكما بيع قائم)** في الحال **(أو نكاح قائم في الحال، وفي الطلاق ما هي بابن منك الآن وفي الغصب ما يجب عليك رده، وفي الوديعة ماله هذا الذي يدعي في يدك وديعة، ولا شيء منه ولا له قبلك حق لا)** أي لا يحلف فيما ذكر **(على السبب)** أي الفعل

على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف على السبب إجماعاً كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة، والخصم لا يراهما، وكذا في سبب لا يرتفع كعبد مسلم يدعي العتق

بعته) لاحتمال أنَّه باع، ثم أقال، ولا يحلف في النكاح بالله ما نكحت أنَّه نكحها، ثم خالعها أو أبانها، ولا يحلف في الطلاق بالله ما طلقها لاحتمال أنَّه طلقها، ثم نكحها، ولا يحلف في الغصب بالله ما غصبته لاحتمال أنَّه غصب ثم سلم أو ملك بالهبة أو بالبيع، ولا يحلف في الوديعة بالله ما أودعتك هذا لاحتمال أنَّه أودعه ثم رده أو هلك في يده بغير صنعه، وفي هذه الصور لا يحلف عند الطرفين على السبب فلو حلف يتضرر المدعي عليه لأنَّه لو حلف مثلاً على نفي البيع يكون كاذباً، ولو لم يحلف يجب عليه تسليم المبيع العائد إلى ملكه بالإقالة.

وهكذا في البواقي **(خلافاً لأبي يوسف)** فإنَّ عنده يحلف على السبب في جميع ذلك لأنَّ اليمين تستوفي لحق المدعي فوجب أنْ يكون اليمين موافقة لدعواه والمدعي هو السبب إلاَّ عند تعريض المدعي عليه بأنْ قال للقاضي: لا تحلفني فإنَّ الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقيله، فحينئذ يحلف القاضي على الحاصل، قيل ينظر إلى إنكار المدعي عليه، فإنْ أنكر السبب يحلف على السبب، وإنْ أنكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه أكثر القضاة، وقال فخر الإسلام: يفوض إلى رأي الحاكم كما في الكافي وغيره **(فإن كان)** والأنسب بالواو **(في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف على السبب إجماعاً)** رعاية لجانبه **(كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة، والخصم لا يراهما)** أي لا يرى الشفعة بالجوار، ونفقة المبتوتة بأن كان شافعياً فإنَّه يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار، وما هي معتدة منك إذ لو حلف على الحاصل بالله لا تجب الشفعة عليك، وبالله لا تجب عليك النفقة يصدق في يمينه، في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعي لا يقال: إنَّ المدعي عليه قد يتضرر ببطلان الشفعة بتأخير الطلب لأنَّه لا بد للقاضي من الإضرار بأحدهما، والأولى بالضرر المدعي عليه لأنَّه متمسك بعارض السقوط والمدعي بالأصل حيث أثبت حقه بالسبب الموجب له من الشراء فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض **(وكذا)** يحلف على السبب إجماعاً **(في سبب لا يرتفع)** برافع بعد

. . . .

المرتفع برافع كإقالة وطلاق واسترضاء، فلا يحلف **(نحو بالله ما بعته)** أو نكحتها أو طلقتها بايناً لأنَّه قد يطرأ عليه الإقالة والخلع والنكاح فيتضرر الخصم، وهذا كله عند الطرفين **(خلافاً لأبي يوسف)** فعنده يحلف في جميع ذلك على السبب، وعنه أنَّه يحلف على ما أنكره من الحاصل أو السبب وعليه أكثر القضاة، وقيل: مفوض لرأيهم، أي إلاَّ إذا قال المنكر للقاضي: لا تحلف على السبب فإنَّ الإنسان قد يبيع ثم يقيله فإنَّه يحلف على الحاصل كما في الهداية وغيرها. **(قلت)**: لكن ذكر في الظهيرة وغيرها أنَّه لا يحلف إلاَّ على الحاصل في ظاهر رواية أصحابنا إلاَّ إذا لزم ترك النظر للمدعي، فعلى السبب بالإجماع، ولذا قال **(فإنْ كان في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف على السبب اجماعاً)** أي على صورة دعوى المدعي **(كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم لا يراهما)** لكونه شافعياً

بخلاف الكافر والأمة ومن ورث شيئاً فادعاه آخر حلف على لعلم وإن شراه أو وهب له فعلى البتات، ولو افتدى المنكر يمينه أو صالح عنها على شيء صح ولا يحلف بعده.

ثبوته (**كعبد مسلم يدعي العتق**) أي العتق الواقع في إسلامه على مولاه، وهو ينكره فيحلف على السبب بالله ما أعتقه ليوافق اليمين الدعوى، وليس فيه ضرر المدعي عليه إذ لا يتصور عوده إلى الرق، لأنَّه إذا ارتد يقتل، والهرب إلى دار الحرب نادراً إلاَّ أنَّه رواية عن أبي يوسف، وفي الاختيار، ومن الأفعال الحسية أنْ يدعي على غيره أنَّه وضع على حائطه خشبة أو بنى عليه أو أجرى ميزاباً على سطحه أو في داره أو رمى تراباً في أرضه أو شقَّ في أرضه نهراً، فإنَّه يحلف على السبب بالله ما فعلت كذا لأنَّ هذه الأشياء لا ترتفع (**بخلاف**) العبد (**الكافر والأمة**) فيحلف على الحاصل بالله ما هو حر، أو ما هي حرة الآن، لأنَّ الرق يتكرر على الأمة بالردة واللحاق والسبي، وعلى العبد الكافر بنقض العهد، واللحاق والسبي، وعن أبي يوسف يحلف على السبب، وتمامه في الذخيرة (**ومن ورث شيئاً**) من عين علم ذلك بعلم القاضي، أو إقرار المدعي، أو بينة المدعي عليه (**فادعاه آخر**) ولا بينة للمدعي وأراد تحليف الوارث (**حلف علم العلم**) أي علم المدعي عليه فقال له القاضي: بالله ما تعلم أنَّ هذا العين له لا على البتات لأنَّ الوارث لا يعلم بما صنعه المورث، وفيه إيما إلى أنَّه لا يحلف وارث الدين قبل وصوله إليه خلافاً للخصاف، والأول المختار عند الفقيه وقاضيخان، وإلى أنَّه لو لم يتحقق كونه (**وإن شراه أو وهب له فعلى البتات**) أي يحلف المدعي عليه على البتات بالله ما هو عبده، والأصل فيه أنَّ التحليف على فعل نفسه يكون على البتات أي أنَّه ليس كذلك، والبتات القطع، والتحليف على فعل غيره على العلم نفي أي أنَّه لا يعلم أنَّه كذلك إلاَّ أنَّه إذا كان شيئاً يتصل بالحالف كما ذا ادعى سرقة العبد، أو إباقه يحلف البائع على البتات بالله ما أبق أو ما سرق في يدي، وهذا تحليف على فعل الغير وإنما صح، لأنَّ تسليمه سالماً عن العيوب، واجب على البائع، فالتحليف يرجع على ما ضمن البائع بنفسه فيكون على البتات، وإذا ادعى سبق الشراء يحلف خصمه على العلم أي أنَّه لا يعلم أنَّه اشتراه قبله كما في المنح وغيره (**ولو افتدى المنكر يمينه أو**

. . . .

ولا اعتبار بمذهب المدعي عليه لتمسكه بعارض السقوط (**وكذا**) يحلف على السبب بلا خلاف (**في**) دعوى (**سبب**) أي فعل (**لا يرتفع**) بعد وقوعه برافع كما مر (**كعبد مسلم يدعي العتق**) لعدم تكرر رقه والهرب لدار الحرب، ثم السبي نادر إلاّ أنَّه رواية عن أبي يوسف، وفي الظاهر أنَّه يحلف على الحاصل، كما في الظهيرة وأقرَّه القهستاني، قال: ويدخل في الكافي ما إذا بنى على حائط غيره أو أجرى ميزاباً على سطحه أو رمى تراباً في أرضه أو حفر نهراً فإنَّه مما لا يتكرر فيحلف على السبب، وعزاه للاختيار (**بخلاف**) العبد (**الكافر والأمة**) ولو مسلمة إذا ادعيا عتقهما فلتكرر رقهما باللحاق يحلف سيدهما على الظاهر على الحاصل (**قلت**): والحاصل اعتبار الحاصل إلاَّ لضرر مدعٍ وسبب غير متكرر (**ومن ورث شيئاً فادعاه آخر حلف**) الوارث (**على العلم**) لا على البتات (و) أما (**إن شراه أوهب له فعلى**) فعل نفسه على (**البتات**) وفعل غيره على لعلم إلاَّ في الرد بالعيب كدعوى المشتري إباق

باب التحالف

ولو اختلفا في قدر الثمن أو المبيع أو فيهما حكم لمن برهن وإنْ برهنا فلمثبت

صالح عنها) أي عن اليمين **(على شيء صح)** الافتداء والصلح إنْ رضي به الخصم لأنَّ عثمان رضي الله تعالى عنه أعطى شيئاً لمن ادعى عليه أربعين درهم وافتدى يمينه، ولم يحلف، إذ لو حلف لوقع على القيل والقال إذ الناس بين التصديق والتكذيب على كل حال فإذا افتدى صان عرضه لقوله عليه الصلاة والسلام: «ذبوا عن أعراضكم بأموالكم» بمعنى: ادفعوا وامتنعوا **(ولا يحلف بعده)** أي ليس للمدعي أنْ يحلف بعد ذلك لأنَّه أسقط حقه بأخذ البدل منه، وفيه إشعار بأنَّه لا يجوز أنْ يبيع اليمين لأنَّها لم يكن مالاً، فله أن يستحلفه بعد ذلك، وفي التنوير ولو أسقطه أي اليمين قصداً بأن قال: برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته لا يصح، وله التحليف.

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين أذى الاثنين بعد الواحد **(ولو اختلفا)** أي المتبايعان **(في قدر الثمن)** بأنْ قال المشتري: اشتريت بألف، وقال البائع: بعت بألفين مثلاً **(أو)** في قدر **(المبيع)** بأنْ قال له البائع: بعت عبداً، وقال المشتري: عبدين، وكذا الحكم لو اختلفا في وصف الثمن، أو في الجنس كما في الهداية فعلى هذا لو حذف القدر لكان أشمل **(أو فيهما)** أي في الثمن والمبيع جميعاً بأنْ قال البائع: بعت عبداً بألفين، وقال المشتري: لا بل بعت عبدين بألف **(حكم لمن برهن)** أي يحكم القاضي لمن أقام البينة منهما، لأنَّ الجانب الآخر مجرد الدعوى، والبينة أقوى منها، إذ هي متعدية حتى توجب القضاء، فلا يعارضها مجرد الدعوى **(وإنْ برهنا)** أي أقام كل منهما البينة بما ادعاه **(فلمثبت الزيادة)** أي يحكم لمثبت

. . . .

المشتري يحلف بائعه على البتات مع أنَّه فعل غيره، لكن لما ضمن بنفسه سلامة المبيع حلف على البتات ومتى لزم البتات، فحلف على العلم لا يعتبر.

وكذا لو نكل لا يعتبر نكوله كما في العمادية (و) علم أنَّه **(لو افتدى المنكر يمينه)** بمثل المدعي أو أقل **(أو صالح عنها)** أي عن يمينه **(على شيء)** أقل من المدعي **(صح)** الافتداء، والصلح **(ولا يحلف)** المنكر **(بعده)** أبداً لأنَّه أسقط حقه قيد بالفداء، والصلح لأنَّ المدعي لو أسقطه أصلاً أو وهبه له أو باعه منه بعشرة مثلاً لم يجز وله تحليفه لعدم ركن البيع إذ اليمين ليست بمال. **(فرع)**: لو استحلفه خصمه فقال: حلفني مرة أنَّ عند حاكم أو محكم، وبرهن قبل وإلاَّ فله تحليفه كما في الدرر. **(قلت)**: ولم أر ما لو قال إني قد حلفت بالطلاق أني لا أحلف فليحرر.

باب التحالف

لما قدم يمين الواحد ذكر يمين الاثنين فقال **(ولو اختلفا)** الواو للاستئناف **(في قدر الثمن)** أو وصفه أو جنسه **(أو)** في قدر **(المبيع أو فيهما)** معاً **(حكم)** القاضي **(لمن برهن)**، وفي الوقاية وغيرها لو

الزيادة وإن عجزا عن البرهان قيل لهما، أما إنْ يرضى أحد كما بدعوى الآخر وإلا فسخنا البيع، فإنْ لم يرض أحدهما بدعوى الآخر تحالفا وبديء بيمين المشتري، وفي المقايضة بأيهما شاء ومن نكل لزمه دعوى صاحبه وإنْ حلفا فسخ القاضي البيع بطلب أحدهما ولا

الزيادة لأنَّه خالص عن المعارض، أما إذا كان الاختلاف في أحدهما فظاهر.

وأما فيهما فحجة البائع في الثمن الأكثر، وحجة المشتري في المبيع الأكثر أو لا فبحكم بعبدين للمشتري، وبألفين للبائع **(وإن عجزا)** أي البائع والمشتري **(عن)** إقامة **(البرهان قيل لهما، أما إنْ يرضى أحدكما بدعوى الآخر وإلا فسخنا البيع)** لأنَّ المقصود قطع المنازعة، وهذا وجه في طريق قطع المنازعة فيجب أنْ لا يعجل القاضي بالفسخ **(فإنْ لم يرض)** والأنسب بالواو **(أحدهما بدعوى الآخر تحالفا)** أي استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإنْ قال: قبل القبض فهو قياسي لأنَّ كلاً منهما منكر، وأما بعده فاستحساني فقط، لأنَّ المشتري لا يدعي شيئاً لأنَّ المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن، والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه، لكن عرفناه بالنص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» كما في البحر وغيره، لكن ما في القهستاني نقلاً عن المضمرات من أنَّ التحالف يصح قبل قبض المبيع، وهذا استحسان فإنَّ المشتري ينكر وجوب تسليمه، والقياس أنْ لا يصح لأنَّه ملك المبيع، ولا يصح بعد قبضه قياساً واستحساناً مخالف لما في البحر وغيره تتبع، وإنما قال المصنف فإنْ لم يرض أحدهما، ولم يقل وإن لم يرضيا كما في الكنز وغيره لأنّ شرط التحالف عدم رضا واحد لا عدم رضى كل منهما كما لا يخفى كما في البحر وغيره، فعلى هذا ما قاله صاحب الفرائد: من أنَّه كان المناسب، وإنْ لم يرضيا إلى آخره ليس بوارد تدبر **(وبديء)** أي يبدأ القاضي **(بيمين المشتري(في الصور الثلاث**، لو بيع عين بدين هذا قول محمد وزفر وأبي يوسف آخراً، وهو رواية عن الإمام، وهو الصحيح لأنَّه أقواهما إنكاراً لأنَّه المطالب بالثمن، فيكون هو البادىء بالإنكار، وكان أبو يوسف يقول أولاً: يبدأ بيمين البائع، وهو قول الشافعي في الأصح، وقيل يقرع بينهما، هذا إذا كان بيع عين بدين، وإنْ كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن فالقاضي مخير للاستواء، وعن هذا قال **(وفي المقايضة)** أي في بيع العين بالعين يبدأ القاضي **(بأيهما شاء)** لاستوائهما في فائدة النكول وصفة

. . . .

اختلفا فيهما، فالبينة للبائع لو في الثمن، وللمشتري لو في المبيع نظراً لزيادة الإثبات فتدبر **(وإن برهنا)** جميعاً **(فلمثبت الزيادة)** البينة **(وإن عجزا عن البرهان)** في الصور الثلاث **(قيل لهما أما أن يرضى أحد كما بدعوى الآخر وإلاَّ فسخنا البيع فإنْ لم يرض أحدهما بدعوى الآخر تحالفا)** على النفي في الأصح، ولو قبل قبض استحساناً ما لم يكن فيه خيار فيفسخ من له الخيار، **(وبديء)** في بيع الفين بالدين **(بيمين المشتري)** في الصور الثلاث على الصحيح لأنَّه البادي بالإنكار **(وفي المقايضة بأيهما شاء)** لاستوائهما في الإنكار **(ومن نكل)** منهما **(لزمه دعوى صاحبه)** بالقضاء **(وإن حلفا فسخ القاضي البيع)** بينهما

تحالف لو اختلفا في الأجل أو شرط الخيار أو قبض بعض الثمن وحلف المنكر ولا بعد هلاك المبيع وحلف المشتري وعند محمد يتحالفان ويفسخ وتلزم القيمة، وكذا الخلاف

اليمين أنْ يحلف البائع بالله ما باعه بألف، ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين، ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً والأصح الاقتصار على النفي لأنَّ الإيمان وضعت للنفي كالبينات للإثبات **(ومن نكل)** من البائع والمشتري **(لزمه دعوى صاحبه)** بالقضاء لأنَّ النكول، إما بذل، وإما إقرار فيه شبهة فبتقوية القضاء يكون حجة ملزمة **(وإنْ حلفا)** أي المتبايعان **(فسخ القاضي البيع بطلب أحدهما)** أو كليهما فلا ينفسخ البيع بنفس التحالف وقيل ينفسخ، والأول هو الصحيح لأنَّه لم يثبت ما ادعاه كل واحدٍ منهما فيبقى بيع مجهول، فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة، أو يقال إذا لم يثبت البدل بقي بيعاً بلا بدل، وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في فاسد البيع، فلو كان المبيع جارية فللمشتري وطؤها، ولو فسد بنفس التحالف لم يحل له، وقيد بطلب أحدهما لأنَّه لا يفسخه بدون طلب أحدهما، ولو فسخاه انفسخ بلا توقف على القضاء وإن فسخ أحدهما لا يكفي كما في البحر **(ولا تحالف لو اختلفا في الأجل)** سواء كان في الأجل أو في قدره خلافاً لزفر والشافعي **(أو)** اختلفا في **(شرط الخيار)** سواء كان في وجوده بأن قال أحدهما البيع بالخيار، والآخر ينكره أو في مدته **(أو قبض بعض الثمن)** أو كله أي، لا تحالف عند اختلافهما بأن قال المشتري أديت بعضه أو كله، والبائع ينكره **(وحلف المنكر)** في الصور الثلاث لأنَّ هذا اختلاف في أداء الثمن لا في الثمن، كما إذا وقع الاختلاف في أداء جميع الثمن يحلف المنكر فحسب بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه، حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف، لأنَّ ذلك يرجع إلى نفس الثمن، لأنَّ الثمن دين، وهو يعرف بالوصف، ولا كذلك الأجل لأنَّه ليس بوصف **(ولا)** تحالف لو اختلفا في قدر الثمن **(بعد هلاك)** كل **(المبيع)** في يد المشتري لأنَّه لو هلك في يد البائع حالفا على القائم عندهم **(وحلف المشتري)** عند الشيخين على الصحيح، هذا إذا كان الثمن ديناً، وأما إذا كان عيناً يتحالفان بالإتفاق لأنَّ المبيع في أحد الجانبين قائم ،ثم يرد مثل الهالك إنْ كان له مثل، وقيمته إنْ لم يكن، وهذا إذا هلك بعد القبض، وإن هلك قبله، وكان الثمن مقبوضاً يتحالفان اتفاقاً **(وعند محمد)** والشافعي **(يتحالفان ويفسخ)** العقد **(وتلزم القيمة)**

. . . .

(بطلب أحدهما) أو طلبهما، ولا ينفسخ بالتحالف ولا يفسخ أحدهما بل يفسخهما كما في البحر **(و)** قيد باختلافهما في ثمن ومبيع لأنَّه **(لا تحالف)** في غيرهما كما **(لو اختلفا في الأجل)** أي في أصله أو قدره لرجوعه لوضعه **(أو)** اختلفا في **(شرط الخيار)** كذلك **(أو قبض بعض الثمن)** أو بعض المبيع أو في الحط أو الإبراء أو مكان دفع السلم، ذكره القهستاني وغيره، أو في وصف المبيع أو رقه كما حررته في شرح التنوير **(وحلف)** منهما **(المنكر)** لنحو أجل وخيار **(ولا تحالف)** إذا اختلفا في قدر الثمن **(بعد هلاك)** كل **(المبيع)** في يد المشتري على الصحيح أو خروجه عن ملكه، أو تعيينه بما لا يرد به **(وحلف المشتري)** إلاَّ إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري **(وعند محمد)** والشافعي **(يتحالفان ويفسخ)** البيع

لو تعذر الرد وهو قائم ولا بعد هلاك بعضه إلاَّ أنْ يرضى البائع بترك حصة الهالك،

أي قيمة الهالك يوم القبض، لأنَّ كلاً منهما يدعي حقاً ينكره الآخر فيتحالفان، ولهما أنَّ التحالف بعد قبض المبيع بخلاف القياس، ولا يتعدى إلى حال هلاك السلعة، وفي القهستاني نقلاً عن المبسوط وهلاكه شامل، لخروجه عن ملك المشتري أو زيادته زيادة متصلة متولدة أو غير متولدة، أو منفصلة متولدة فإنَّه لا يتحالفان عندهما، ويتحالفان عنده فيفسخ على العين في المتصلة المتولدة من الأصل، كالسمن، وعلى العين أو القيمة في متصلة غير متولدة منه كالصبغ، وعلى القيمة في المنفصلة المتولدة كالثمر.

وأما في منفصلة غير متولدة منه كالكسب فيتحالفان، ويفسخ على العين بالإجماع **(وكذا الخلاف لو تعذر الرد وهو)** أي المبيع **(قائم)** يعني لو تغير بحدوث العيب عنده، وصار بحال لا يقدر على رده مع العيب، ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان عندهما بل القول للمشتري، وعند محمد والشافعي يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك.

وكذا لو خرج المبيع عن ملكه **(ولا)** تحالف **(بعد هلاك بعضه)** أي بعض المبيع بعد قبض الجميع عند الإمام كعبدين مات أحدهما قبل نقد الثمن عند المشتري فقال البائع: الثمن ألف، وقال المشتري: بل خمسمائة لأنَّ التحالف بعد القبض مشروط بقيام السلعة وهي اسم لجميع المبيع، فإذا هلك بعضه فقد الشرط بل يحلف المشتري لإنكاره زيادة الثمن **(إلاَّ أن يرضى البائع بترك حصة الهالك)** أي لا يأخذ من الثمن الهالك شيئاً ويجعله كأن لم يكن، والعقد كأنه على القائم فقط، فيكون الثمن كله بمقابلة القائم، فيتحالفان وهو قول عامة المشائخ، فالاستثناء ينصرف إلى قوله لا تحالف كما هو الظاهر، وهو الموافق لما في المبسوط، وفي الجامع الصغير إذا اختلف بعد هلاك أحدهما لم يتحالفا، والقول للمشتري مع يمينه عند الإمام إلاَّ أنْ يشاء البائع أنْ يأخذ حصة الحي، ولا شيء له، قال أبو المكارم: ومعنى لا شيء له على قول هؤلاء المشائخ أنْ لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً على ما صرح به في الكافي، وكان غرضهم من هذا التفسير صرف الاستثناء إلى قوله: لم يتحالفا كما هو مختارهم، وفيه تأمل وعلى قول غيرهم من المشائخ أنَّه لا يأخذ البائع من الزيادة المتنازع فيها، وإنما يأخذ عن الهالك بعد ما أقرَّ به المشتري فالاستثناء ينصرف إلى قوله مع يمينه، فإنَّه إذا أخذ ما أقرَّ به المشتري وأخذ الحي فقد صدق المشتري، وارتفع الخصومة، فلا يحلف المشتري، ولا يخفي

. . . .

(وتلزم القيمة) أي قيمة الهالك يوم القبض، وهذا لو الثمن ديناً فلو مقايضة تحالفا إجماعاً **(وكذا الخلاف لو تعذر الرد)** بأن تعيب **(وهو قائم)** لهلاكه حكماً **(ولا)** تحالف **(بعد هلاك بعضه)** في يد المشتري أو خروجه عن ملكه كعبدين مات أحدهما **(إلاَّ أن يرضى البائع بترك حصة الهالك)** أصلاً فيصير كأن العقد وقع على القائم فقط فيتحالفان ويفسخ على القائم فيصرف الاستثناء إلى الحالف،

وعندها يتحالفان، ويرد الباقي، والقول للمشتري في حصة الهالك عند أبي يوسف، وتلزم قيمته عند محمد وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وإنْ اختلفا في قيمة الهالك فيه فالقول للبائع وإن برهنا فبرهانه أولى وإنْ اختلفا في قدر الثمن بعد إقالة البيع

أنَّ الاستثناء المذكور في المتن، لا يصلح لهذا التفسير إذ لم يذكر فيه أخذ البائع الحي وفي تقديره تعسف **(وعندها يتحالفان، ويرد الباقي)** أي حلفا لكن اختلفوا في تفسير التحالف عند أبي يوسف، قيل: يتحالفان على القائم، لا الهالك لأنَّ العقد ورد فيه لا في الثاني، وهذا ليس بصحيح لأنَّ المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع يكون صادقاً فيه لأنَّ من اشترى شيئين بألف إذا حلف أنَّه ما اشترى أحدهما كان صادقاً، وكذا البائع لو حلف بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري يكون صادقاً فيه فلا يفيد التحالف بل الوجه أنْ يحلف على القائم، والهالك يقول: أولاً بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع، فإنْ نكل لزمه دعوى البائع وإنْ حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيهما المشتري، فإنْ نكل لزمه دعوى المشتري وإنْ حلف يفسخان العقد في القائم، وتسقط حصته من الثمن، وتلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي أقرَّ به المشتري على القائم، والهالك لأنَّها إنما يجب عند الانفساخ، والعقد لم ينفسخ في الهالك عنده فينقسم الثمن الذي أقرَّ به المشتري عليهما، على قدر قيمتهما يوم القبض، وعند محمد يتحالفان عليهما ويفسخ فيهما، ويرد القائم مع قيمة الهالك، يوم القبض لأنَّ هلاك الكل لا يمنع التحالف عنده على ما مر فهلاك البعض أولى **(والقول للمشتري)** مع يمينه إذا اختلفا **(في حصة الهالك عند أبي يوسف وتلزم قيمته)** أي الهالك **(عند محمد)** لما مر **(وتعتبر قيمتهما)** أي قيمة القائم والهالك **(في الانقسام)** أي انقسام الثمن عليهما **(يوم القبض)** فإنْ استويا يلزمه نصف الثمن الذي أقرَّ به المشتري، وإنْ اختلف القيمتان يوم القبض تسقط عنه حصة القائم بقدر قيمته، وتلزمه حصة الهالك بقدر قيمته **(وإنْ اختلفا في قيمة الهالك فيه)** فقال المشتري: قيمته يوم القبض خمسمائة، وقيمة القائم ألف، وقال البائع: على عكسه **(فالقول للبائع)** مع يمينه، لأنَّ البائع بدعواه يستبقي ما كان واجباً والمشتري بدعواه يسقط ما كان واجباً، وكان البائع متمسكاً

. . . .

وهذا على تخريج الجمهور، وصرفه مشائخ بلخ لتحليف المشتري وهذا عنده **(وعندهما يتحالفان ويرد الباقي و)** يكون **(القول للمشتري في حصة الهالك عند أبي يوسف)** مع اليمين **(وتلزم)** المشتري **(قيمته)** أي قيمة الهالك مع رد الحي **(عند محمد وتعتبر قيمتها في الانقسام يوم القبض)** كما في الكافي وغيره، قيل: ليس في كلامه مرجع ضمير تثنية قيمتهما، وإنما ذكر في الهداية حيث صورها في عبدين، وصوابه وتعتبر القيمة انتهى. **(قلت)**: التثنية ظاهرة باعتبار الهالك وغير الهالك كما لا يخفى بأدنى نظر في ذلك وإنما قلنا في يد المشتري لأنَّه لو هلك في يد البائع تحالفا على القائم عندهم كما في المضمرات **(وإن اختلفا في قيمة الهالك فيه فالقول للبائع)** لأنَّه منكر **(وإن برهنا فبرهانه)** أيضاً **(أولى)** لإثباتها الزيادة في

إنْ لم يقبض البائع المبيع وإنْ قبضه فلا تحالف خلافاً لمحمد، وفي قدر رأس المال بعد إقالة السلم فالقول فيه ولا يعود السلم ولو اختلفا في قدر الأجرة أو المنفعة أو فيهما قبل استيفاء المنفعة تحالفاً وتراداً وبديء بيمين المستأجر إنْ اختلفا في الأجرة وبيمين

بالأصل فوجب اعتبار قوله **(وإن برهنا)** على قيمة الهالك **(فبرهانه)** أي برهان البائع **(أولى)** لأنَّها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك **(وإنْ اختلفا)** أي العاقدان **(في قدر الثمن بعد إقالة البيع)** فقال المشتري: كان الثمن ألفاً وقال البائع خمسمائة ولا بينة لهما **(تحالفا وعاد البيع)** الأول حتى يكون حق البائع في الثمن: وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة، فلا يجب على كل واحد منهما أنْ يرد على صاحبه شيئاً **(إنْ لم يقبض البائع المبيع)** قيل: ينبغي أنْ لا يتحالفا في إقالة المبيع لأنَّ التحالف ثبت بالبيع المطلق بالحديث، والإقالة فسخ في حق العاقدين فلم يتناوله النص، وأجيب أن التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياساً لأنَّ كل واحد مدع ومنكر على ما مر فصار التحالف معقولاً فوجب القياس على المنصوص عليه كما قسنا الإجارة على البيع قبل القبض، والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري، ولا كذلك بعد القبض فإنَّه على خلاف القياس، وعن هذا قال: **(وإنْ قبضه)** أي قبض البائع المبيع بعد الإقالة ثم اختلفا **(فلا تحالف)** عند الشيخين، ويكون القول للمنكر مع يمينه **(خلافاً لمحمد)** لأنَّه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً **(و)** لو اختلفا **(في قدر رأس المال بعد إقالة السلم)** لا يتحالفان **(فالقول)** مع يمينه للمسلم إليه **(فيه)** أي في قدر رأس المال، لإنكاره الزيادة اعتباراً لسائر الدعاوى **(ولا يعود السلم)** لأنَّ الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض، لأنَّه إسقاط فلا يعود، بخلاف البيع **(ولو اختلفا)** أي المؤجر والمستأجر **(في قدر الأجرة)** بأن قال المستأجر: درهم، وقال المؤجر درهمان **(أو المنفعة)** بأنْ قال المؤجر: مدة الإجارة شهر، وقال المستأجر: شهران **(أو فيهما)** أي في قدر الأجرة والمنفعة معاً، بأن قال المؤجر: آجرتك الدار شهراً بدرهمين، وقال المستأجر: استأجرتها شهرين بدرهم **(قبل استيفاء المنفعة تحالفا أو ترادا)** إذ الإجارة مقيسة على البيع لأنَّ العين المستأجرة في الإجارة قائمة مقام المنفعة في إيراد العقد، وكذا الأمر في فسخها فالمعقود عليه قبل استيفاء المنفعة يكون قائماً تقديراً **(وبديء بيمين المستأجر إنْ اختلفا في الأجرة)** لكونه منكراً وجوب ما يدعيه

. . . .

قيمة الهالك، **(و)** كذا الحكم **(إن اختلفا في قدر الثمن بعد إقالة البيع)** ولا بينة **(تحالفا وعاد البيع إن لم يقبض البائع المبيع)** بحكم الإقالة **(و)** أما **(إن قبضه)** بحكمها **(فلا تحالف)** عند الشيخين **(خلافاً لمحمد)** فعنده يتحالفان أيضاً والأول أصح لموافقته للقياس **(و)** لو اختلفا **(في قدر رأس المال بعد إقالة)** عقد **(السلم فالقول للمسلم إليه فيه)** لأنَّه منكر **(ولا يعود السلم)** لأنَّ إقالته لا تحتمل الفسخ لأنَّه إسقاط فلا يعود بخلاف البيع **(ولو اختلفا في قدر الأجرة)** كدرهم ودرهمين **(أو المنفعة)** كشهر وشهرين **(أو فيهما)** معاً **(قبل استيفاء المنفعة تحالفا وترادا)** كما في البيع والمنفعة كالبيع، والأجرة كالثمن **(و)**

الموجر لو في المنفعة وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما برهن قبل وإنْ برهنا فحجة المستأجر في المنفعة، وحجة الموجر في الأجرة وبعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان والقول للمستأجر وبعد استيفاء البعض يتحالفان وتفسخ فيما بقي، والقول للمستأجر فيما مضى وإنْ اختلفا في قدر بدل الكتابة لا يتحالفان والقول للعبد وقالا يتحالفان

المؤجر من الزيادة (و) بديء (**بيمين المؤجر لو**) اختلفا (**في المنفعة**) لكونه منكراً وجوب زيادة المنفعة، وفيه إشعار، بأنَّه يحلف أو لا من يدعي أو لا إنْ اختلفا فيهما وإنْ ادعيا معاً يحلف من شاء، وإنْ شاء أقْرع بينهما كما في البيع (**وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر**) كما في مقتضى النكول (**وأيهما برهن قبل**) برهانه (**وإنْ برهنا فحجة المستأجر**) أولى لو اختلفا (**في المنفعة، وحجة المؤجر**) أولى لو اختلفا (**في الأجرة**) نظراً إلى إثبات الزيادة، وتقبل حجة كل واحد منهما في فضل يدعيه لو اختلفا في الأجرة، والمنفعة معاً بأن ادعى المؤجر أنَّ مدتها شهر بعشرة، والمستأجر أن مدتها شهران بخمسة، فيقضي بعشرة للمؤجر، وشهرين للمستأجر (و) لو اختلفا (**بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان**) اتفاقاً (**والقول للمستأجر**) مع يمينه لإنكاره الزيادة، هذا عند الشيخين ظاهر لأنَّ التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس، فلا يقاس الإجارة هنا عليه إذ هلاك المعقود عليه بالاستيفاء، يمنع التحالف على أصلهما بخلاف ما في صورة المقيس حيث وجد المعقود عليه.

وكذا على أصل محمد لأنَّ الهلاك إنما لا يمنع عنده في البيع لما أنَّ له قيمة تقوم مقامه، فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا، وفسخ العقد فلا قيمة لأنَّ المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد، وتبين أنْ لا عقد، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنَّه هو المستحق عليه (و) لو اختلفا (**بعد استيفاء البعض**) أي بعض المنفعة (**يتحالفان**) فيما بقي اعتباراً للبعض بالكل (**وتفسخ**) الإجارة (**فيما بقي**) من المنافع لإمكان الفسخ، وهذا لا ينافي ما مر أنَّ هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عند الإمام لأنَّ الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حدوث المنفعة، فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه، فيما بقي من المنفعة كمعقود عليه غير مقبوض يتحالفان في حقه بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع لأنَّه بجميع أجزائه معقود بعقد واحد، فإذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في كله ضرورة (**والقول للمستأجر**) مع اليمين (**فيما مضى**)

. . . .

حينئذ (**بديء بيمين المستأجر إنْ اختلفا في الأجرة**) لأنَّه ينكر وجوب زيادتهما (و) بديء (**بيمين المؤجر لو**) الاختلاف (**في المنفعة وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما برهن قبل، وإنْ برهنا فحجة المستأجر في المنفعة، وحجة المؤجر في الأجرة**) أولى لأنَّ البينات للإثبات (**وبعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان**) بالإجماع لعدم تقوم المنفعة بنفسها (**والقول للمستأجر بيمينه وبعد**) التمكن من (**استيفاء البعض**) من المنفعة (**يتحالفان وتفسخ فيما بقي والقول للمستأجر**) أيضاً (**فيما مضى**) من المنافع المقبوضة كلاً أو

وتفسخ وإن اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لها فيما صلح لها وله فيما صلح له أو لهما، وبعد موت أحدهما القول في المحتمل للحي وعند أبي يوسف كذلك في الزائد على

لأنَّه منكر بما يدعيه المؤجر من زيادة الأجرة **(وإنْ اختلفا)** أي المولى والمكاتب **(في قدر بدل الكتابة)** بعد ما اتفقا على عقد الكتابة **(لا يتحالفان)** عند الإمام لأنَّ التحالف في المعاوضات عند تجاحد الحقوق الملازمة، وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب لأنَّ له أنْ يرفعه عن نفسه بالعجز فلم تكن في معنى البيع **(والقول للعبد)** مع يمينه لإنكاره الزيادة وإنْ أقام أحدهما بينة قبلت، وإنْ أقاماها فبينة المولى أولى لإثباتها الزيادة، لكن يعتق بأداء قدر ما برهن عليه، ولا يمتنع وجوب بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على ألف على أنَّه إنْ أدى خمسمائة عتق، وكما لو استحق البدل بعد الأداء كما في البحر **(وقالا)** وهو قول الأئمة الثلاثة **(يتحالفان وتفسخ)** الكتابة لاختلافهما في بدل عقد يقبل الفسخ، فكان بمنزلة البيع **(وإن اختلف الزوجان من متاع)** أهل **(البيت)** والمراد بالمتاع هنا ما ينتفع به من نفسه أو مما حصل منه كالعقار وغيره، وادعى كل أنَّه له، ولا بينة لأحد **(فالقول لها)** أي للزوجة بلا خلاف مع اليمين **(فيما صلح لها)** أي ما يختص بالنساء عادة كالدرع والأسورة والخمار، والملاءة والخلخال والحلي، ونحوها لأنَّ الظاهر شاهد لها إلاَّ أنْ يكون الزوج ممن يبيع ما يتعلق بالنساء، فالقول له لتعارض الظاهرين **(وله)** أي القول للزوج مع اليمين **(فيما صلح له)** كالعمامة والقلنسوة والقباء والسلاح، والكتب ونحوها، لأنَّ الظاهر شاهد لها إلاّ إذا كانت الزوجة صانعة أو بائعة، ما يصلح له، فلا يقبل قوله، وفي الخانية لو اختلف في متاع النساء وأقام البينة يقضي للزوج **(أو)** فيما صلح **(لهما)** أي القول للزوج فيما اختص بهما كالمنزل والفرش، والرقيق والأواني، والعقار والمواشي والنقود، لأنَّ الزوجة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها فإنَّ الاختصاص أقوى من اليد، وفي البحر، وبه علم أنَّ البيت للزوج إلاَّ أنْ يكون لها بينة وفي الخانية، ولو أقاما البينة يقضي ببينتها لأنَّها خارجة معنى أطلق الزوجين فشمل

. . . .

بعضاً. **(قلت)**: وهذا لا ينافي ما هو أنَّ هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عنده لأنَّ الإجارة تنعقد ساعةً فساعة فكل جزء كعقد بخلاف البيع **(وإن اختلفا)** الولي والمكاتب **(في قدر بدل الكتابة لا يتحالفان)** لعدم لزومها **(والقول للعبد وقالا يتحالفان وتفسخ)** والفرق له ما قدمنا **(وإنْ اختلفا الزوجان)** ولو مملوكين أو مكاتبين أو صغيرين والصغير يجامع، أو ذمية مع مسلم قام النكاح أو لا في بيت لهما أو لأحدهما كما في خزانة الأكمل **(في متاع البيع)** أي فيما ينتفع به من نفسه أو مما حصل منه كالعقار وغيره، ذكره القهستاني وادعى كل أنَّه له بلا بينة **(فالقول لها)** بلا خلاف مع اليمين **(فيما صلح لها)** كالعمامة والقميص والسيف والكتاب إلاَّ إذا كانت صانعة أو بائعة **(أو)** يصلح **(لهما)** معاً عند الطرفين مع اليمين كالنقود والأواني والفرش والرقيق والمواشي، والمنازل والكرم والمزارع لأنَّ الأموال في يده حقيقة، ولو برهنا فبينتها لأنَّها خارجة، وأما عنده فلها منه قدر جهاز مثلها كما يأتي وهذا لو حيين **(و)** أما **(بعد موت أحدهما)** فإنَّه يكون **(القول في المحتمل)** الصالح لهما **(للحي)** بيمينه عند أبي حنيفة

جهاز مثلها، وفي جهاز مثلها لها أو لورثتها وعند محمد للرجل أو لورثته، وإن كان أحدهم مملوكاً فالكل للحر في الحياة وللحي في الموت، وقالا المأذون والمكاتب كالحر.

المسملين، والمسلم مع الذمية، والحربي والمملوكين والمكاتبين كما سيأتي، والصغيرين إذا كان الصغير يجامع، وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة، وما إذا كان البيت ملكاً لها، أو لأحدهما خاصة لأنَّ العبرة لليد لا للملك، وفي القنية افترقا، وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها، واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت، ثم ادعاه فالقول له لأنَّ يده كانت ثابتة، ولم يوجد المزيل انتهى، وبه علم أنَّ سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لهما لا يبطل دعواه كما في البحر وقيد باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه فإنَّ متاع النساء بينهن على السواء إنْ كنَّ في بيت واحد، وإنْ كانت كل واحدة منهن في بيت على حدة فما في بيت امرأة بينها وبين زوجها على ما وصفنا، ولا يشترك بعضهن مع بعض كما في خزانة الأكمل، هذا إذا كانا حيين **(وبعد موت أحدهما)** أي أحد الزوجين، ثم اختلف وارثه مع الحي والجواب في غير المحتمل على ما مر **(القول في المحتمل)** أي فيما يصلح لهما **(للحي)** مع اليمين أيهما كان لأنَّه لا بد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض، وهذا عند الإمام **(وعند أبي يوسف كذلك)** أي القول للزوج فيما صلح لهما **(في الزائد على جهاز مثلها، وفي جهاز مثلها لها)** أي القول للزوجة إذا كانت حية **(أو لورثتها)** بعد موتها أي يدفع في المشكل إلى الزوجة أو إلى وارثها ما يجهز به مثلها، والباقي للزوج مع يمينه لوارثه عنده لأنَّ الظاهر أنَّ الزوجة تأتي بالجهاز، وهذا أقوى من ظاهر يد الزوج، ولذا يأخذ الباقي لعدم المعارض لظاهره، والحياة، والموت في المشكل عنده سواء **(وعند محمد للرجل أو لورثته)** أي ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل إنْ كان حياً، أو لورثته إن كان ميتاً، لقيام الورثة مقام المورث وأما اختلافهما في غير متاع الميت، وكان في أيديهما فإنهما كالأجنبيين يقسم بينهما، وفي القهستاني، وعن زفر والشافعي أنَّ المشكل بينهما، وعنهما أن المتاع كله كذلك، وإليه ذهب مالك، وقال ابن أبي ليلى: إنَّ المشكل للزوج حياً ولورثته ميتاً، وقال ابن شبرمة: أنَّ المتاع كله له إلاَّ ما على المرأة من الثياب، وقال الحسن البصري: إنَّ المتاع لصاحب الميت إلاَّ ما على الرجل من الثياب فهذه مثمنة كتاب الدعوى أو مسبعته انتهى، واعلم أنَّ الأب لو ادعى بعد موت ابنته أنَّ الجهاز كان عارية لها، والزوج أنَّها كان ملكها فالقول للأب على المختار إلاَّ إذا استمر العرف بدفع الجهاز ملكاً لا عارية، فالقول لها ولورثتها من بعدها، ولو اختلف الأب وابنه فيما في البيت قال أبو يوسف إذا كان الأب في عيال الابن في بيته فالمتاع كله للإبن، كما لو كان الابن في بيت الأب وعياله فمتاع البيت للأب، ولو اختلف المؤجر، والمستؤجر في متاع البيت فالقول قول المستأجر مع يمينه، وليس للمؤجر إلاَّ ما عليه من ثياب

. . . .

(وعند أبي يوسف كذلك في الزائد على جهاز مثلها) أي يكون الزائد له أو لورثته **(وفي جهاز مثلها لها أو لورثتها)** عملاً بالظاهر **(وعند محمد)** المحتمل **(للرجل أو لورثته)** وعن زفر والشافعي المحتمل

فصل

قال ذو اليد هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب، أو أعارنيه أو آجرنيه أو

بدنه، ولو اختلف إسكافي وعطار في آلات الإساكفة وآلات العطارين، وهي في أيديهما قضى بينهما نصفين، ولا ينظر إلى ما يصلح لكل واحد منهما **(وإنْ كان أحدهما)** أي أحد الزوجين **(مملوكاً)** سواء كان مأذوناً أو مكاتباً أو محجوراً **(فالكل)** أي كل المتاع **(للحر في)** حال **(الحياة)** لأنَّ يد الحر أقوى **(وللحي)** منهما **(في الموت)** أي موت أحدهما لأنَّ يد الحي خالية عن المعارض كما في عامة شروح الجامع، وذكر السرخسي أنَّه سهو، والصواب أنَّه للحر مطلقاً لكن اختار صاحب الهداية قول العامة فاقتفى أصحاب المتون أثره، هذا عند الإمام **(وقالا المأذون والمكاتب كالحر)** لأنَّ لهما يداً معتبرة في الخصومات حتى لو اختصما في شيء، هو في أيديهما يقضي بينهما بخلاف ما كان محجوراً حيث يقضي للحر لا للعبد، وقوله الكل مشير إلى أنَّ الخلاف فيما إذا اختلفا في مطلق المتاع على ما ذكره فخر الإسلام كما في المستصفى، لكن في الحقائق أنَّ الخلاف فيما إذا اختلفا في الأمتعة المشكلة كما في القهستاني، وفي التنوير اعتقت الأمة، واختارت نفسها فما في البيت قبل العتق، فهو للرجل، وما بعد العتق قبل أنْ تختار نفسها فهو على ما وصفنا في الطلاق مرجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام، وعلى عنقه بدرة، وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار، وادعاه صاحب الدار فهو للمعروف باليسار.

وكذا كناس في منزل الرجل، وعلى عتقه قطيفة يقول هي لي، وادعاها صاحب المنزل فهي لصاحب المنزل، رجلان في سفينة بها دقيق فادعى كل واحدٍ السفينة، وما فيها وأحدهما يعرف ببيع الدقيق، والآخر يعرف بأنَّه ملاح فالدقيق للذي يعرف ببيعه، والسفينة لمن يعرف أنَّه ملاَّح وتمامه في المنح فليطالع.

. . . .

بينهما وعنهما الكل بينهما، وبه قال مالك: قال ابن أبي ليلى: الكل له ولها ثياب بدنها وعكسه الحسن، وهي المسبعة أو المثمنة بل عدها في البحر تسعة **(وإن كان أحدهما مملوكاً فالكل للحر في)** حال **(الحياة و)** الكل **(للحي)** منهما حراً كان أو عبداً **(في الموت)** كما في الهداية وغيرها، لأنَّه لا بد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض، وما نقل عن السرخسي أنه سهو والصواب للحر مطلقاً فسهو من ناقله بل هو مقدم من تأخير، كما أفاده الشرنبلالي، وهذا عنده، **(وقالا المأذون والمكاتب كالحر)** لأنَّ لهما يداً معتبرة، وقوله الكل يفيد الخلاف في مطلق المتاع، لكن في الحقائق أنَّ الخلاف في المحتمل وأقره القهستاني. (فروع): لو ادعى الزوج أنَّ الجهاز ملكها والأب أنَّه عارية فالقول للأب على المختار، إلاَّ إذا استمر العرف بدفعه ملكاً ذكره القهستاني وذكرناه في النكاح، ولو غزلت قطن زوجها فهو له مجاناً لا إذا نص على أجرة ولو اختلفا فيها فالقول له بيمينه، وتمامه في المنية ولو اختلف المؤجر والمستأجر في متاع البيت، فالقول للمستأجر بيمينه، وليس للمؤجر إلاَّ ما عليه من ثياب بدنه، وتمامه فيما علقناه على التنوير.

رهننيه أو غصبته منه وبرهن على ذلك اندفعت خصومة المدعي وقال أبو يوسف فيمن عرف بالحيل لا تندفع وبه يؤخذ وإنْ قال الشهود أودعه من لا نعرفه لا تندفع بخلاف قولهم نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه حيث تندفع عند الإمام خلافاً لمحمد ولو قال

فصـــل

في أحكام دفع الدعاوى (**قال ذو اليد**) في جواب من ادعى شيئاً في يده أنَّ (**هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب، أو أعارنيه أو آجرنيه أو رهننيه أو غصبته منه**) أي من فلان الغائب (**وبرهن على ذلك**) المذكور (**اندفعت خصومة المدعي**) لأنَّه أثبت أمرين أحدهما الملك للغائب، وهو غير مقبول شرعاً، والآخر دفع خصومة المدعي، وهذا مقبول، وقال ابن شبرمة: لا تسقط خصومة المدعي لأنَّ البينة تثبت الملك للغائب، ولا ولاية لأحد على غيره، في ادخال شيء في ملكه بلا رضاه، وقال ابن أبي ليلى: تسقط الخصومة بلا بينة لأنَّه لا تهمة فيما أقرَّ به على نفسه فتبين أنَّ يده يد حفظ لا يد خصومة (**وقال أبو يوسف فيمن عرف بالحيل**) جمع حيلة (**لا تندفع**) الخصومة (**وبلا يؤخذ**) واختاره في المختار أنَّ المدعي عليه إنْ كان صالحاً فكما قال الإمام وإنْ كان معروفاً بالحيل لم تندفع عنه لأنَّه قد يأخذ مال الغير غصباً ثم يدفع سراً إلى من يريد أنْ يغيب، ويقول له: أودعه عندي بحضرة الشهود قصداً لإبطال حق الغير فلا تقبل بينته لهذه التهمة (**وإنْ قال الشهود أودعه من لا نعرفه لا تندفع**) الخصومة بالإجماع لاحتمال أن يكون المدعي من أودعه (**بخلاف قولهم**) أي قول الشهود (**نعرفه**) أي المودع (**بوجهه**) لو رأيناه (**لا باسمه ونسبه حيث تندفع**) الخصومة (**عند الإمام**) لأنَّ القضاء لا يقع على الغائب ليشترط العلم بنفسه أو نسبه، وإنما يقضي على المدعي بالدفع عن ذي اليد، وهما معلومان، وهو أثبت بينة أنَّه ليس بخصم لهذا المدعي (**خلافاً لمحمد**) فإنَّه قال: لا تندفع الخصومة معروفاً كان

. . . .

فصـــل

في دفع الدعاوى (**قال ذو اليد: هذا الشيء**) المدعى منقولاً أو عقاراً (**أودعنيه**) ولو حكما كما إذا (**برهن أنَّه وكله بالحفظ أو**) ضل منه فوجده ذكره القهستاني وزاد البزازي أو هو في يدي مزارعة أو أسكنني فيه زيد (**فلان الغائب**) فلو لم يعلم لم تندفع ولو عرفه الشهود بوجهه تندفع عنده خلافاً لمحمد فليحفظ (**أو أعارنيه أو آجرنيه أو رهننيه أو غصبته منه**) ولو حكما كما إذا برهن أنَّه انتزعه أو سرق منه (**وبرهن**) ذو اليد (**على ذلك**) والعين قائمة وعرفه الشهود، ولو بوجهه (**اندفعت خصومة المدعي**) لإثباته أنَّ يده ليست يد خصومة في هذه الصور الخمسة. (**قلت**): فلذا تسمى مخمسة كتاب الدعوى، قيل وفيه نظر لما علمت من زيادة الستة الأخر فبلغت أحد عشر وأجيب بأنها ملحقة كما ذكرنا فلا زيادة حينئذ على الخمس أو لأن فيها اختلاف خمسة أئمة، ولذا قال: (**وقال أبو يوسف: فيمن عرف بالحيل لا تندفع وبه يؤخذ**) في القضاء والفتوى واختاره في المختار، والاختيار (**وإن قال الشهود: أودعه من لا نعرفه لا تندفع بخلاف قولهم**) نعرفه بوجهه لا باسمه، ونسبه حيث تندفع عند الإمام خلافاً لمحمد فعند

اشتريته منه لا تندفع وكذا لو قال المدعي سرقته أو غصبته مني وإنْ برهن ذو اليد على إيداع الغائب وكذا إن قال سرق مني خلافاً لمحمد ولو قال المدعي ابتعته من زيد، وقال

بالحيلة أو لا وإنما تندفع إذا عرف الشهود ذلك الرجل باسمه ونسبه لأنَّ الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده، ولا تندفع إلاَّ بالحوالة على رجل يمكن اتباعه، والمعروف بالوجه لا يكون معروفاً فصار هذا بمنزلة قول الشهود لا نعرفه أصلاً، وفي البزازية وتعويل الأئمة على قول محمد: فهذه المسألة تسمى بمخمسة كتاب الدعوى للاشتمال على قول الإمام وأبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة كما ترى أو لأنَّ صورها خمس وديعة وإجارة وإعارة ورهن وغصب كما في أكثر الكتب، لكنْ في المنح هذا إذا ادعى المدعي ملكاً مطلقاً في العين كما أفاده عدم تقييده، ويدل عليه ما سيأتي من المسائل القابلة لهذا، ومن المعلوم أنَّ فرض هذه المسألة بعد إقامة المدعي البرهان لما تقرر في كلامهم من أنَّ الخارج هو الطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعي عليه إلى الدفع قبله، وحاصله أنَّ المدعي لما ادعى الملك المطلق فيما في يد المدعي عليه أنكره وطلب من المدعي البرهان فأقامه، ولم يقض القاضي به حتى دفعه المدعي عليه بما ذكر، وبرهن على الدفع، وفي البحر.

وكذا الحكم لو قال وكلني صاحبه بحفظه كما في المبسوط وكذا الحكم لو قال: أسكنني فيها فلان الغائب، وكذا الحكم لو قال سرقته منه أو أخذته منه أو ضل منه فوجدته كما في الخلاصة فالصور عشر، وبه علم أنَّ الصور لم تنحصر في الخمس، فالأولى أن يفسر المخمسة بالأقوال (**ولو قال**) ذو اليد (**اشتريته منه**) أي من فلان الغائب (**لا تندفع**) الخصومة لكون يده يد خصومة لاعترافه سبب الملك، وهو الشراء (**وكذا**) لا تندفع الخصومة (**لو قال المدعي سرقته**) بتاء الخطاب (**أو غصبته مني**) فقال ذو اليد: أودعنيه فلان الغائب (**وإنْ**) وصلية (**برهن ذو اليد على إيداع الغائب**) لأنَّ المدعي لما قال لصاحب اليد غصبته مني، صار ذو اليد خصماً باعتبار دعوى الفعل عليه، وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالإحالة على الغير لأنَّ اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذي اليد، ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة بخلاف الملك المطلق (**وكذا**) لا تندفع (**إن قال**) المدعي (**سرق مني**) على البناء للمفعول عند الشيخين استحساناً (**خلافاً لمحمد**) وهو القياس لأنَّه لم يدع الفعل على ذي اليد بل على مجهول، فصار كما لو قال: غصب مني على البناء للمفعول ولهما أنَّ ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة،

. . . .

محمد لا تندفع، وعند الإمام تندفع، وعند أبي يوسف أنَّ ذو اليد صالحاً تندفع، وعند ابن أبي ليلى تندفع بلا بينة وعند ابن شبرمة لا تندفع وإنْ برهن. (**قلت**): فهذه خمسة أقوال أو صور، وفي الشرنبلالية رأيت بخط العلامة المقدسي عن البزازية أنَّ تعويل الأئمة على قول محمد، (**ولو قال**) ذو اليد (**اشتريته منه**) أي من الغائب (**لا تندفع**) لإقراره بيد الخصومة (**وكذا**) لا تندفع (**لو قال المدعي سرقته أو غصبته مني وإنْ**) وصلية (**برهن ذو اليد على إيداع الغائب وكذا**) لا تندفع (**إن قال سرق مني خلافاً لمحمد**) قلنا إنما بناه للمفعول للستر عليه (**ولو قال المدعي ابتعته من زيد**) المعروف كما مر

ذو اليد أودعنيه هو اندفعت بلا حجة إلاّ إذا برهن المدعي إنَّ زيداً وكلَّه بقبضه.

باب دعوى الرجلين

لا تعتبر بينه ذي اليد في الملك المطلق وبينه الخارج فيه أحق برهنا على ما في يد آخر

والظاهر أنَّه ذوي اليد إلاَّ أنه لم يعينه درأ للحد عنه فصار كأنه قال له: سرقته مني بخلاف الغصب فإنَّه لأحد فيه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فأقام البينة تقبل لأنَّه لم يصر مقضياً عليه، وإنما قضى على ذي اليد فقط وفي التنوير قال: في غير مجلس الحكم أنَّه ملكي، ثم قال في مجلسه أنَّه وديعة عندي من فلان، تندفع من البرهان على ما ذكر، ولو برهن المدعي على مقالته الأولى يجعله خصماً، ويحكم عليه لسبق إقراره، ويمنع من الدفع **(ولو قال المدعي ابتعته من زيد، وقال ذو اليد أودعنيه هو)** أي زيد **(اندفعت)** الخصومة **(بلا حجة)** لأنهما اعترفا على أنَّ الملك في الأصل لغيرهما فيكون وصوله إلى صاحب اليد من جهة زيد البائع، فلا تكون يده يد خصومة **(إلاَّ إذا برهن المدعي أنَّ زيداً وكلَّه بقبضه)** فحينئذ لا تندفع، وتصح دعواه لأنَّه أثبت بينة كونه أحق بإمساكها، ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاءً على الغائب بإقراره، وهي عجيبة، وفي البحر قيد بتلقي اليد من الغائب للاحتراز، عما إذا قال ذو اليد: أودعنيه وكيل فلان ذلك لم تندفع إلاَّ بينة لأنَّه لم يثبت تلقي اليد ممن اشترى هو منه لإنكار ذي اليد، ولا من جهة وكيله لإنكار المدعي.

وكذا لو أثبت بالبينة أنَّه دفعها إلى الوكيل، ولم يشهدوا أنَّ الموكل دفعها إلى ذي اليد، وتقييده بدعوى الشراء من الغائب اتفاقي، ففي البزازية ادعى أنَّه له غصبه منه، فلان الغائب، وبرهن عليه وزعم ذو اليد أنَّ هذا الغائب أودعه عنده اندفعت الخصومة لاتفاقهما على وصول العين من غيره، وإنَّ صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف ما لو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فإنَّه لا تندفع بزعم ذي اليد إيداع ذلك الغائب في الاستحسان انتهى.

باب دعوى الرجلين

لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى ما زاد عليه، والواحد قبل ما زاد **(لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق)** وهو أنْ يقول في دعواه أنَّ هذا ملكي ولم يبين سبب ملكه **(وبينة**

. . . .

(وقال ذو اليد أودعنيه هو) أي زيد المزبور بنفسه، فلو بوكيله لم تندفع بلا بينة **(اندفعت بلا حجة)** لتوافقهما أنَّ الأصل الملك لغيره **(إلاَّ إذا برهن المدعي)** أنه اشتراه و **(أنَّ زيداً وكله بقبضه)** إلاَّ إذا صدقه في الشراء فلا يؤمر بالتسليم لئلايكون قضاء على الغائب بإقراره. **(قلت)**: وهي عجيبة فليحفظ وكتبنا في شرح التنوير أنَّ قيد الشراء اتفاقي مع فوائد مهمة فراجعه، وأنَّ الأصل سقوط دعوى الملك المطلق دون المقيد بالسبب.

باب دعوى الرجلين

لما ذكر الفرد أعقبه بالمثنى فقال **(لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق)** أي غير المقيد بسبب

قضى به لهما ولو على نكاح امرأة سقطاً وهيَ لمن صدقته فإنْ أرخا فالسابق أحق وإن أقرت لأحدهما قبل البرهان فهيَّ له فإنْ برهن الآخر بعد ذلك قضى له وإن برهن أحدهما

الخارج فيه) أي في المطلق **(أحق)** بالاعتبار وبه قال أحمد، وقال الشافعي ومالك: بينة ذي اليد أحق لاعتضادها باليد ولنا أنَّ البينة شرعت للإثبات وبينة الخارج أكثر إثباتاً لأنَّه لا ملك له على المدعي بوجه، وذو اليد له ملك عليه باليد فترجحت بينة الخارج بكثرة ثبوتها إلاَّ إذا ادعى ذو اليد مع الملك فعلاً كالعتق والتدبير، والاستيلاد فبينة ذي اليد أولى بخلاف الكتابة كما سيأتي قيد بالمطلق، لاستوائهما في المقيد بالسبب، وهذا إنْ وقتا أو لم يوقتا باتفاق **(برهنا)** أي الخارجان **(على ما في يد آخر)** أي لو برهن خارجان على عين في يد ثالث منكر بعد ادعاء كل منهما ملكاً مطلقاً فأقاما البينة **(قضى به)** أي بهذا الشيء **(لهما)** بطريق الاشتراك عندنا لقبول الشركة على المناصفة لأنَّ النبي عليه الصلاة والسلام، قضى بناقة بينهما بنصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق، ولم يأمر عليه الصلاة والسلام بالقرعة لأنَّ استعمال القرعة في وقت كان القمار فيه مباحاً، ثم انتسخت بحرمة القمار إذ تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار.

وكذا تعيين المستحق بخروج القرعة بخلاف قسمة المال المشترك، فللقاضي ثمة ولاية التعيين بغير قرعة وإنما يقرع لتطييب القلوب، ونفي تهمة الميل عن نفسه، فلا يكون ذلك في معنى القمار خلافاً للشافعي وأحمد كما سيأتي **(ولو)** برهنا **(على نكاح امرأة سقطاً)** لتعذر العمل بهما لأنَّ المحل لا يقبل الاشتراك، وإذا تهاترا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح وإذا تهاترا، وكان قبل الدخول فلا شيء على كل واحد منهما كما في البحر، وهذا مقيد بما إذا كان المدعيان حيين والمرأة أما لو برهنا عليه بعد موتها، ولم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما، فإنه يقضي بالنكاح بينهما، وعلى كل واحد منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد، فإنْ جاءت بولد يثبت النسب منهما، ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وهما يرثان من الابن ميراث أبٍ واحد، كما في المنح **(وهي)** أي المرأة **(لمن صدقته)** لأنَّ النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين إذا لم تكن المرأة المتنازع فيها في يد من كذبته، ولم يكن دخل من كذبته بها، وأما إذا كانت في يد الآخر أو دخل بها فلا اعتبار بالتصديق لأنَّه دليل على سبق عقده كما في المنح **(فإنْ أرخا)** أي المدعيان لنكاحها. وكان تاريخ أحدهما سابقاً **(فالسابق أحق)** بها من الآخر لأنَّه لا معارض في هذا الزمان، فيكون القضاء للسابق إذ عقد اللاحق، وبرهانه باطل، ولا يعتبر ما ذكر من كونها في يده أو دخل بها، ولو أرخ أحدهما فقط، فإنها لمن أقرت له، كما لو أرخ أحدهما، وللآخر يد فإنها لذي اليد كما في البزازية **(وإن أقرت)** المرأة بالزوجية **(لأحدهما قبل البرهان فهي(** أي المرأة **(له)** لتصادقهما عليه **(فإنْ برهن الآخر)** أي الذي لم تقر

. . . .

ملكه **(وبينة الخارج فيه أحق)** خلافاً للشافعي **(برهنا على ما في يد آخر قضى به لهما)** وقال الشافعي: تساقطا **(ولو على نكاح امرأة سقطاً)** إجماعاً **(وهي لمن صدقته)** إنّ لم يؤرخا **(فإنْ أرخا فالسابق أحق)** لعدم المعارض **(وإنْ أقرت لأحدهما قبل البرهان فهي له)** لصحته بالتصادق **(فإنْ برهن الآخر بعد ذلك**

فقضى له ثم برهن الآخر لا يقبل إلا إنْ أثبت سبقه، وكذا لا يقبل برهان خارج على ذي يد نكاحه ظاهر إلاَّ أنْ أثبت سبقه وإنْ برهنا على شراء شيء من آخر فلكل نصفه بنصف ثمنه أو تركه وبترك أحدهما بعد ما قضى لهما لا يأخذ الآخر كله فإنْ كان لأحدهما يد أو تاريخ فهو أولى وإنْ أرخا فالسابق أولى، وإنْ كان لأحدهما يد وللآخر تاريخ فذو اليد

له **(بعد ذلك)** أي بعد الإقرار للأول **(قضى له)** أي للمبرهن لقوة البرهان فإنْ برهنا بعد الإقرار فالسابق أولى **(وإنْ برهن أحدهما)** على نكاحها **(فقضى له)** بالنكاح **(ثم برهن الآخر)** على أنه نكحها **(لا يقبل)** برهانه إذ لا ينقض شيء بمثله، وههنا صار الأول أقوى لاتصال القضاء به **(إلاَّ)** وقت **(إن أثبت)** ذلك الآخر بالبينة **(سبقه)** أي سبق نكاحه إياها على نكاح الأول فحينئذ تقضي له، لتيقن الخطأ في الأول.

(وكذا لا يقبل برهان خارج على) زوج **(ذي يد)** على امرأة **(نكاحه ظاهر)** بنقلها إلى بيتة أو بالدخول معه **(إلاَّ إنْ أثبت)** الخارج **(سبقه)** أي سبق نكاحه على نكاح ذي اليد بالبينة، فإنه يقضي له لما مر **(وإنْ برهنا)** أي الخارجان **(على شراء شيءٍ من آخر)** أي من ذي يد بلا تاريخ **(فلكل نصفه)** أي لكل واحدٍ منهما نصف ذلك الشيء **(بنصف ثمنه)** أي ثمن ذلك الشيء إنْ شاء، ورجع به على البائع بنصف ثمنه **(أو تركه)** أي ترك النصف إنْ شاء، لأنَّهما لما استويا في السبب، وجب على القاضي أنْ يقضي به بينهما لتعذر القضاء بكله، فيتخير كل منهما لتغير شرط عقده عليه، فلعل رغبته في تملك الكل، فيرده ويأخذ كل الثمن، وعند الشافعي في قول واحد يقرع، وفي قول آخر تهاترت البينتان، ويرجع إلى تصديق البائع لأنَّ إحداهما كاذبة بيقين قلنا: إنَّ المحل الواحد لا يتصور أنْ يكون مملوكاً لزيد على الكمال، ومملوكاً لعمرو على الكمال، لأنَّ المشهود في الحقيقة هو السبب لأنَّ المحسوس المحاط للشهود، وكل واحدٍ من الفريقين هناك صادق بأن يعاين السبب من الرجلين، ولا يعلمان سبق أحدهما **(وبترك أحدهما)** نصفه **(بعد ما قضى لهما لا يأخذ)** المدعي **(الآخر كله)** لأنَّ بالقضاء انفسخ العقد في حق كل من النصف، قيد بقوله: بعد القضاء لأنَّه قبل القضاء به يأخذ كله لإثبات برهانه اشتراء الكل بلا مزاحم للقضاء **(فإنْ كان لأحدهما يد أو تاريخ فهو)** أي صاحب اليد أو التاريخ **(أولى)** لأنَّ

. . . .

قضى له) لأنَّ البينة أقوى من الإقرار **(وإنْ برهن أحدهما فقضى له ثم برهن الآخر لا يقبل)** لأنَّ الشيء لا ينقض بمثله بل هذه دونها لترجحها بالقضاء **(إلاَّ إنْ أثبت سبقه)** لظهور الخطأ في الأول **(وكذا لا يقبل برهان خارج على ذي يد نكاحه ظاهر إلاَّ إنْ أثبت سبقه)** لما قلنا، ويشترط حضرة الزوج عند إقامة البينة، ولو برهن أنَّ الدار له وهي امرأته، وهي أنَّها لها وهو مملوكها فبينته في الدار وبينتها في النكاح أحق **(وإن برهنا على شراء شيء من آخر فلكل نصفه بنصف ثمنه)** إنْ شاء **(أو تركه)** إنما خير لتفريق الصفقة عليه **(وبترك أحدهما بعد ما قضى لهما لا يأخذ الآخر كله)** لانفساخه بالقضاء، فلو قبله فله **(فإنْ كان لأحدهما يد أو تاريخ فهو أولى وإنْ أرخا)** معاً **(فالسابق أولى وإنْ كان لأحدهما يد وللآخر تاريخ**

أولى والشراء أحق من هبة وصدقة مع قبض، والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة سواء. وكذا الشراء، والمهر عند أبي يوسف وقال محمد: الشراء أولى وعلى الزوج

تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه إذ قبض القابض، وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأزمان، وهو الحال مع أنْ قبض الشيء متأخر عن شرائه فصار شراؤه أقدم تاريخاً من شراء غير القابض، وبالتاريخ أثبت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر، أنْ يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك، وقال صاحب البحر: ولي أشكال في عبارة الكتاب، وهو أن أصل المسألة مفروضة في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد، تنازع مع خارج فلم تكن المسألة ثم رأيت في المعراج ما يزيله من جواز أنْ يراد أنَّه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان، وهو الآن في يد البائع، إلاَّ أنه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بأنَّ ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة انتهى، والحق أنَّها مسألة أخرى، وكان ينبغي إفرادها انتهى **(وإنْ أرخا فالسابق أولى، وإنْ كان لأحدهما يدٍ وللآخر تاريخ فذو اليد أولى)** لأنَّه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع به ثم لا يقضي بعده لغيره إلاَّ إذا انتفى الملك منه **(والشراء أحق من هبة)** مع قبض **(وصدقة مع قبض)** أي لو برهن خارجان على ذي يد أحدهما على الشراء منه، والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى من الهبة، والصدقة لأنَّ الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ولأنَّه يثبت الملك بنفسه، والملك في الهبة، والصدقة يتوقف على القبض هذا إنْ لم يؤرخا فلو أرخا، واتحد المملك فالأسبق تاريخاً منهما أحق بخلاف ما إذا اختلف المملك، فأيهما سواء في صورة التاريخ، وعدمه لأنَّ كلاً منهما خصم عن مملكه في إثبات ملكه، وهما فيه سواء بخلاف ما إذا اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب، وفيه تقدم الأقوى، ولو أرخت إحداهما فقط فالمؤرخة أولى قيد بكونهما خارجين للاحتراز عما إذا كانت في يد أحدهما، والمسألة بحالها فإنَّه يقض للخارج إلاَّ في أسبق التاريخ فهو للأسبق وإنْ أرخت إحداهما فقط، فلا ترجيح لها، وإنْ كانت في أيديهما، يقضي بينهما إلاَّ في أسبق التاريخ فهي له كدعوى ملك مطلق كما في البحر **(والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة)** كالعبد والدابة **(سواء)** بالاتفاق فيقضي بينهما نصفين لاستوائهما في كونهما تبرعاً.

وأما فيما يحتمل القسمة كالدار فهما سواء عند البعض لأنَّ الشيوع طار فيقضي بينهما نصفين، وعند البعض لا يصح لأنَّه تنفيذ الهبة في الشائع، فصار كإقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح كما في الهداية، وفي البحر وحاصله أنَّ الصدقة أولى من الهبة فيما يحتمل القسمة، وهذا عند عدم التاريخ، والقبض.

وأما إذا أرخا قدم الأسبق وإنْ لم يؤرخا، ومع أحدهما قبض كان أولى، وكذا إن أرخ

. . . .

فذو اليد أولى) لما مر **(والشراء أحق من هبة وصدقة)** ولو **(مع قبض)** لأنَّه أقوى **(والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة سواء)** بلا خلاف لا فيما لا يحتملها في الأصح **(وكذا الشراء والمهر عند أبي يوسف)**

القيمة، والرهن مع القض أولى من الهبة معه، فإن كانت بشرط العوض فهيَّ أولى وإنْ برهن خارجان على ملك مؤخر أو شراء مؤرخ من واحد غير ذي اليد فالسابق أولى وإنْ

أحدهما فقط، وفي الخلاصة، ولو كان كلاهما هبة أو صدقة أو أحدهما هبة، والآخر صدقة فما لم يذكر الشهود القبض لا يصح، وإن ذكروا القبض، ولم يؤرخوا أو أرخوا تآريخاً واحداً فهو بينهما إذا كان لا يحتمل القسمة، وإنْ كان يحتملها فلا يقضي لهما بشيء عند الإمام وعندهما يقضي بينهما نصفين، ولو كان في يد أحدهما يقضي له بالإجماع **(وكذا الشراء، والمهر عند أبي يوسف)** أي ادعى شخص أنَّ هذا الشيء اشتريته من زيد وادعت امرأة أنَّ زيداً تزوجها على هذا الشيء، فأقاما البينة، ولم يذكرا تاريخاً أو ذكرا واستوى تاريخهما يقضي لكل واحد منهما بالنصف، لأنَّ الشراء والمهر سواء في إثبات الملك، ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج، وللمشتري نصف الثمن المنقود على البائع، وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه **(وقال محمد: الشراء أولى)** فيقضي لصاحب الشراء **(وعلى الزوج القيمة)** أي قيمة المبيع للمرأة لأنَّ البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن، وهو ممكن بأنْ يجعل الشراء سابقاً إذ لو تزوج على ملك الغير صحت القسمة، فتجب القيمة عند تعذر تسليم العين قيد بالشراء، لأنَّه لو اجتمع نكاح وهبة، أو رهن أو صدقة فالنكاح أولى وفي المنح اعتراض عن طرف صاحب الفضولين وجواب عن طرف صاحب البحر فليطالع **(والرهن مع القبض أولى من الهبة)** بلا عوض **(معه)** أي مع القبض يعني لو ادعى أحدهما رهناً مقبوضاً والآخر هبة، وقبضاً، وأقاما البينة ولم يؤرخا فمدعي الرهن أولى استحساناً والقياس أنَّ الهبة أولى لأنَّها تثبت الملك والرهن لا يثبته، فكانت البينة المثبتة للزيادة أولى وجه الاستحسان المقبوض بحكم الرهن مضمون، وبحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى **(فإن كانت)** أي الهبة **(بشرط العوض فهي)** أي الهبة **(أولى)** من الرهن لكونها في معنى البيع انتهاء، فيكون عقدها عقد زمان يثبت الملك معنى وصورة بخلاف الرهن، فإنَّه لايثبته إلاَّ عند الهلاك معنًى لا صورة، هذا إذا كانت العين في يد ثالث، إذ لو كانت في أيديهما يقضي بها بينهما نصفين إلاَّ أنْ يؤرخا، وتاريخ أحدهما أسبق فيقضي له **(وإنْ برهن خارجان على ملك مؤرخ)** هذه المسألة قد ذكرت، وأعادتها هنا لأجل ذكر التاريخ **(أو شراء مؤرخ من واحد)** متعلق بشراء **(غير ذي اليد)** احتراز بهذا عما برهنا على ما في يد آخر كما مر تفصيلها **(فالسابق أولى)** لأنَّه أثبت ملكه في وقت لا

. . . .

سواء **(وقال محمد الشراء أولى وعلى الزوج القيمة)** والأول أرجح، وعليه اقتصر أرباب المتون، زاد في التنوير، إلاَّ إذا أرخا وسبق تاريخ أحدهما فهو أحق **(والرهن مع القبض أولى من الهبة معه)** أي مع القبض بلا عوض استحساناً، **(فإن كانت بشرط العوض فهي أولى)** لأنهما بيع، ولو العين معهما استويا ما لم يؤرخا، وأحدهما أسبق، **(وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ أو شراء مؤرخ من واحد غير ذي**

برهن أحدهما على الشراء من زيد والآخر عليه من بكر، واتفق تاريخهما فهما سواء وكذا لو وقت أحدهما فقط، ولو برهن خارج على الشراء من شخص وآخر على الهبة، والقبض من غير وآخر على الإرث من أبيه وآخر على الصدقة، والقبض من رابع قضى بينهم أرباعاً، ولو برهن خارج على ملك مؤخر، وذو اليد على ملك أقدم منه فهو أولى خلافاً لمحمد في رواية، وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما ولو برهن خارج وذو يدٍ على

ينازعه فيه أحد إلاَّ إذا تلقى الملك منه، وهذا القول متفق عليه على تخريج الكرخي، وقول الإمام على تخريج صاحب الأمالي، وقول أبي يوسف آخراً، ومحمد أولاً، وفي قوله الآخر وهو قول أبي يوسف أولاً هو بينهما كما في التبيين (**وإنْ برهن أحدهما على الشراء من زيد و**) برهن (**الآخر عليه**) أي على الشراء (**من بكر، واتفق تاريخهما فهما سواء**) حتى يكون المبيع بينهما نصفين لأنَّ كل واحد منهما أثبت الملك لبائعه، وملك بائعه مطلق بلا تاريخ، فصار كما إذ حضر البائع، فادعى الملك المطلق فيكون بين الخارجين لاستواء تاريخهما (**وكذا لو وقت أحدهما فقط**) لأنَّ توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أنْ يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً، لأنَّهما اتفقا على أنَّ الملك لا يتلقى إلاَّ من جهته بخلاف ما إذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنَّه تقدمه شراء غيره وفي البحر أنَّ البينة على الشراء لا تقبل، حتى يشهدوا أنَّه اشتراها من فلان، وهو يملكها، وتمامه فيه فليطالع (**ولو برهن خارج على الشراء من شخص و**) برهن خارج (**آخر على الهبة، والقبض من غيره و**) برهن خارج (**آخر على الإرث من أبيه و**) برهن خارج (**آخر على الصدقة، والقبض من رابع قضى بينهم أرباعاً**) سواء كان معهم أو مع بعضهم تاريخ أو لم يكن، لأنَّهم يثبتون الملك لمملكيهم، وذلك تاريخ فيه، ولا يقدم الأقوى كما في التبيين (**ولو برهن خارج على ملك مؤرخ، وذو اليد على ملك أقدم منه**) أي من الخارج (**فهو**) أي ذو اليد (**أولى**) عند الشيخين (**خلافاً لمحمد في رواية**) وفي رواية عنه على ما قالا ثم رجع عنه فقال: لا تقبل بينة ذي اليد في ملك المطلق أصلاً لأنَّ البينة فيه تثبت أولية الملك، فيستوي فيها التقدم، والتأخر، فصار كأنَّهما أقامتها على الملك المطلق ولهما أنَّ البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ، وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة، فلا يثبت الملك لغيره بعده إلاَّ بالتلقي من جهته، وهو لم يدع ذلك قيد بسبق تاريخ ذي اليد لأنَّه لو لم يكن لهما تاريخ أو استوى تاريخهما أو أرخت أحدهما فقط كان الخارج أولى (**وكذا**

اليد فالسابق أولى) في الصورتين وأعاد الأولى لذكر التاريخ (**وإن برهن أحدهما على الشراء من زيد، والآخر عليه من بكر، واتفق تاريخهما**) أو اختلف ذكره العيني (**فهما سواء، وكذا لو وقت أحدهما فقط**) أن تعدد البائع وإن اتحد فذو الوقت أحق (**ولو برهن خارج على الشراء من شخص وآخر لى الهبة، والقبض من غيره، وآخر على الإرث من أبيه، وآخر على الصدقة والقبض من رابع قضى بينهم أرباعاً**) لتلقيهم الملك من باعتهم أي مملكيهم (**ولو برهن خارج على ملك مؤرخ وذو اليد على ملك أقدم منه فهو**) أي ذو اليد (**أولى خلافاً لمحمد في رواية**) والأول أصح، (**وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما، ولو**

ملك مطلق، ووقت أحدهما فقط بالخارج أولى، وعند أبي يوسف ذو الوقت أولى ولو كان المدعي في أيديهما أو في يد ثالث، والمسألة بحالها فهما سواء وعند أبي يوسف الذي وقت أولى، وعند محمد الذي أطلق أولى، فذو اليد وإنْ برهن خارج، وذو يد على النتاج فذو اليد أولى، وكذا لو برهن كل على تلقي الملك من آخر، وعلى النتاج

الخلاف لو كانت اليد لهما) وأقاما البينة، فصاحب الوقت الأول أولى في قول الشيخين، وفي قول محمد لا يعتبر الوقت فكأنهما أقامتا على مطلق الملك، فيكون بينهما **(ولو برهن خارج وذو يدٍ على ملك مطلق، ووقت أحدهما فقط فالخارج أولى)** عند الطرفين **(وعند أبي يوسف)** وهو رواية عن الإمام **(ذو الوقت أولى)** لأنَّه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت أحدهما كان صاحب التاريخ أولى ولهما أنَّ بينة ذي اليد، إنما تقبل تضمنها معنى الدفع، ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته **(ولو كان المدعي في أيديهما أو في يد ثالث، والمسألة بحالها)** أي ادعى ذو اليد أو الخارج، وأقاما البينة، وأرخت إحدى البينتين **(فهما سواء)** عند الإمام **(وعند أبي يوسف الذي وقت أولى، وعند محمد الذي أطلق أولى)** وعلل صاحب الهداية بأن دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد، ورجوع الباعة بعضهم على بعضهم على بعض، ولأبي يوسف أنَّ التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولية، والترجح بالتيقن وللإمام أنَّ التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم، فسقط اعتباره، فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لأنَّه أمر حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات، فيترجح جانب صاحب التاريخ انتهى، لكن صوره في المسألة الثانية، وهي قوله، ولو في يد ثالث، وأما في المسألة الأولى، وهي قوله، ولو في أيديهما فذكر أنْ يكون نظير قوله ولو أقام الخارج، وذو اليد على ملك مطلق إلى آخره فقال في عقبه: فعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما انتهى، قال صاحب الإيضاح وغيره في تفسيره: بأن أقام أحدهما على ملك مؤرخ، والآخر على مطلق الملك سقط التاريخ عندهما، وعنده صاحب الوقت أولى انتهى، فبهذا التقرير ظهر مخالفة المصنف لما في الهداية تتبع **(وإنْ برهن خارج، وذو يد على النتاج)** أي أقام كل منهما بينة **(فذو اليد أولى)** لأنَّ بينهما قامتا على ما لا تدل عليه اليد فاستوتا في الإثبات، وترجحت بينة صاب اليد باليد فيقضي له به، ولا عبرة للتاريخ لأنَّ أولية الملك يستوعب كل تاريخ، فلا يفيد ذكره من أحدهما أو منهما اتحد التاريخان، أو اختلفا ما لم يذكرا تاريخاً مستحيلاً بأنْ لم يوافق سن المدعي، والقياس أنْ يكون الخارج أولى، وبه قال ابن أبي ليلى،

. . . .

برهن خارج وذو يد على ملك مطلق ووقت أحدهما فقط فالخارج أولى، وعنده أبي يوسف ذو الوقت أولى) والأول أولى **(ولو كان المدعي في أيديهما أو في يد ثالث، والمسألة بحالها فهما سواء)** عنده **(وعند أبي يوسف الذي وقت أولى وعند محمد الذي أطلق أولى)** والأول أولى لإضافة الحادث لأقرب أوقاته **(وإنْ برهن خارج، وذو يد على النتاج فذو اليد أولى)** هو الصحيح خلافاً لعيسى بن أبان **(وكذا لو**

عنده ولو برهن أحدهما على الملك المطلق، والآخر على النتاج فهو أولى وكذا لو كانا خارجين ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضى له إلاَّ أنْ يعيد ذو اليد برهانه كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على النتاج يقبل، وينقض القضاء

وقال عيسى بن أبان: تهاترت البينتان، ويترك في ذي اليد على وجه القضاء، وجه الاستحسان ما روي أنَّه عليه الصلاة والسلام قضى لذي اليد بناقة بعدما أقام الخارج بينة أنها ناقته نتجتها، وأقام ذو اليد البينة أنَّها ناقته نتجتها، ولأنَّ اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساوياً للخارج فبإثباتها يندفع الخارج، وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع **(وكذا لو برهن كل على تلقي الملك من آخره، وعلى النتاج عنده)** أي لو تلقى كل واحدٍ من الخارج، وذي اليد الملك من رجل فكان هناك بائعان، وأقام البينة على النتاج عند من تلقى منه، فهو بمنزلة أقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضي به لذي اليد كان البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فإنَّه يقضي ثمة لصاحب اليد، وكذلك ههنا كما في العناية **(ولو برهن أحدهما على الملك المطلق، والآخر على النتاج فهو)** أي صاحب النتاج **(أولى)** أيهما كان لأنَّ بينته قامت على أولية الملك صريحاً، فلا يثبت للآخر إلاَّ بالتلقي منه، والآخر لم يتلق منه، وأوليته تثبت دلالة، ولا عبرة بها مع الصريح **(وكذا لو كانا خارجين)** فبرهن أحدهما على الملك المطلق، والآخر على النتاج فبينة النتاج أولاً لما بينا **(ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضى له)** أي للثالث **(إلاَّ أنْ يعيد ذو اليد برهانه)** لأنَّ بينة ذي اليد ما قامت على هذا المدعي، وإنما قامت على الأول فلم يصر الثالث مقضياً عليه بتلك القضية **(كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على النتاج يقبل، وينقض القضاء)** أي لو ادعى ذو اليد، والخارج الملك المطلق، وبرهنا فقضى على ذي **اليد** بالملك، ثم أنَّ ذا اليد المقضي عليه لو أقام البينة على النتاج تقبل، وينقض به القضاء الأول لأنَّه بمنزلة النص في دلالته على الأولية قطعاً فكأنَّ القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص، وهذا استحسان، وفي القياس لا يقبل برهانه لصيرورته مقضياً عليه بالملك كما في العناية، وفي البحر أطلق فشمل ما إذا برهن الخارج فقط على النتاج، وقضى له، ثم برهن ذو **اليد** يقضي له، ويبطل القضاء للأول ولو ادعى ذو اليد نتاجاً أيضاً، ولم يبرهنا حتى حكم بها للمدعي بالنتاج، ثم برهن المدعي عليه على النتاج لا ينتقض الحكم، ثم علم أنَّ

. . . .

برهن كل على تلقي الملك من آخر، وعلى النتاج عنده) فذو اليد أولى **(ولو برهن أحدهما)** أي الخارج وذو اليد **(على الملك المطلق والآخر على النتاج فهو)** أي ذو النتاج **(أولى)** لسبقه **(وكذا)** بينة النتاج أولى **(لو كانا خارجين)** كما مر **(ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم برهن ثالث)** على النتاج قضى له إلاَّ أن يعيد ذو اليد برهانه، لأنَّ الثالث لم يصر مقضياً عليه بالقضاء الأول فتصح دعواه **(كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على النتاج)** فإنَّه **(يقبل وينقض القضاء)** بالملك المطلق بالبرهان على النتاج لأنَّه

وكل سبب لا يتكرر فهو مثل النتاج كنسج ثياب لا تنسج إلاَّ مرة وكحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف وما يتكرر بمنزلة الملك المطلق كنسج الخز وكالبناء والغرس وزراعة البر والحبوب وما أشكل رجع فيه إلى أهل الخبرة فإنْ أشكل

المقضي عليه في حادثة لا تسمع دعواه بعده إلاَّ إذا برهن على إبطال القضاء أو على تلقي الملك من المقضي له أو على النتاج انتهى (**وكل سبب لا يتكرر**) أي في الملك إذا ادعاه ذو اليد (**فهو مثل النتاج**) أي حكمه حكم النتاج في جميع ما ذكرنا من الأحكام، وذلك (**كنسج ثياب لا تنسج إلا مرَّة**) كما إذا ادعى رجل ثوباً أنه ملكه نسجه، وهو مما لا يتكرر نسجه، وكما إذا ادعت غزل قطن أنَّه ملكها غزلته بيدها (**وكحلب اللبن**) فإنَّه مما يتكرر أيضاً، فإذا ادعى لبناً أنَّه ملكه حلبه من شأنه (**واتخاذ الجبن**) بأن ادعى جبناً أنَّه ملكه صنعه في ملكه (**واللبد**) بأن ادعى لبداً بأنَّه صنعه من الصوف الذي هو ملكه (**والمرعزي**) وهي كالصوف تحت شعر المعز (**وجز الصوف**) بأنْ ادعى صوفاً مجزوزاً أنَّه ملكه جزه من شاته، وأقام على ذلك بينة، وادعى ذو اليد مثل ذلك، وأقام عليه بينة فإنَّه يقضي بذلك لذي اليد لأنَّه في معنى النتاج من كل وجه، فيلحق به بدلالة النص (**وما يتكرر**) أي كل سبب يتكرر قضى به للخارج (**بمنزلة الملك المطلق**) ولا يلحق بالنتاج (**كنسج الخز**) وهو اسم دابة، ثم سمَّى الثوب المتخذ من وبره خزاً، فإنَّه مما يتكرر لأنَّ الخز والصوف والشعر إذا بليَّ ينقض ويغزل مرة أخرى، ثم ينسج فيحتمل أنَّ ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه، ثم نسجه فيكون ملكاً له بهذا الطريق، فلم يكن في معنى النتاج (**وكالبناء**) فإنَّه مما يتكرر لأنَّه يبني ثم ينهدم ثم يبني (**والغرس**) لأنَّ النحل يغرس غير مرة (**وزراعة البر والحبوب**) لأنَّ البر قد يزرع في الأرض، ثم يغربل التراب فيميز البر منه، ثم يزرع ثانياً فلم يكن في معنى النتاج.

وكذا كل ما يزرع مما يكال أو يوزن فإذا ادعى ثوباً أنه ملكه من خزه أو ادعى داراً أنَّها ملكه بناها، أو ادعى غرساً أنَّه ملكه غرسه أو حنطة أنَّها ملكه زرعها أو حباً آخر من الحبوب، وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك، وأقام عليه بينة قضى به للخارج لما مر (**وما أشكل**) بحيث لا يتيقن بالتكرر وعدمه (**رجع فيه إلى أهل الخبرة**) لأنَّهم أعرف به وقد قال الله

. . . .

بمنزلة النص (و) اعلم أنَّ (**كل سبب من أسباب ملك**) (**لا يتكرر فهو**) في الحكم (**مثل النتاج**) في أولية الملك صريحاً، فلا يثبت للآخر إلاَّ بالتلقي منه، ولم يتلق وذلك (**كنسج ثياب لا تنسج إلاَّ مرة**) وغزل قطن (**وكحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف**) وقص الشعر ونحوها فتقدم البينة بهذا السبب ويرجح ذو اليد لأنَّه في معنى النتاج، ولو كان النتاج ونحوه عند بائعه إلاَّ إذا ادعى الخارج عليه فعلاً كغصب أو وديعة أو إجارة ونحوها في رواية كما في الدرر (و) أما (**ما يتكرر**) من الأسباب فليس بمنزلة النتاج بل (**بمنزلة الملك**) فيقضي به للخارج وذلك (**كنسج الخز وكالبناء والغرس وزراعة البر والحبوب**) ونحوها.

عليهم جعل كالمطلق وإنْ برهن خارج على ملك مطلق، وذو يد على الشراء منه فهو أولى وإن برهن كل منهما على الشراء من صاحبه، ولا تاريخ لهما تهاترتا وترك المال في يد ذي اليد وعند محمد يقضي للخارج وإنْ أرخا في العقار بلا ذكر قبض، وتاريخ الخارج أسبق قضى لذي اليد، وعند محمد للخارج، وإنْ أثبتا قبضاً قضيَّ لذي اليد

تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾، **(فإن أشكل عليهم)** أي على أصل الخبرة **(جعل كالمطلق)** أي قضى به للخارج لأنَّ القضاء بينة هو الأصل، وإنما عدنا عنه بخبر النتاج كما روينا فإذا لم يعلم يرجع على الأصل **(وإنْ برهن خارج على مهلك مطلق، وذو يد على الشراء منه)** أي من الخارج بأنْ كان عبد مثلاً في يد زيد وادعاه بكر بأنه ملكه، وبرهن عليه، وبرهن زيد على الشراء منه **(فهو)** أي ذو اليد **(أولى)** لأنَّ الخارج، وإنْ كان يثبت أولية الملك، فذا اليد يتلقى الملك منه، ولا تنافي فيه فصار كما إذا أقرَّ بالملك له، ثم ادعى الشراء منه **(وإن برهن كل منهما)** أي من الخارج وذي اليد **(على الشراء من صاحبه، ولا تاريخ لهما تهاترتا)** أي سقطت البينتان **(وترك المال في يد ذي اليد)** بغير قضاء عند الشيخين **(وعند محمد)** إنْ كان في يد أحدهما **(يقضي)** بالبينين **(للخارج)** لإمكان العمل بهما بجعل ذي اليد مشترياً من الخارج، وقبضه، ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع إليه لأنَّ تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر، ولا يعكس لأنَّ البيع قبل القبض، لا يجوز، ولهما أنَّ الإقرار بالشراء من صاحبه إقرار منه بالملك له، فصار بينة كل منهما كأنَّها قامت على إقرار الآخر، وفيه التهاتر بالإجماع لتعذر الجمع.

فكذا هذا كما في التبيين **(وإنْ أرخا)** أي الخارج وذو اليد **(في الغقار بلا ذكر قبض، وتاريخ الخارج أسبق قضى لذي اليد)** عند الشيخين، فيجعل كان الخارج اشترى أو لا ثم باع من ذي اليد وهو جائز في العقار عندهما **(وعند محمد)** قضى **(للخارج)** إذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فبقي على ملكه، وفي التبيين، وكان ينبغي أن يقضي به لذي اليد عنده أيضاً

. . . .

(وما أشكل) تعرفه **(رجع فيه)** لكشفه **(إلى أهل الخبرة)** لأنَّهم أعرف به **(فإنْ أشكل عليهم جعل كالمطلق)** فيكون للخارج لأنَّه الأصل، وإنما عدلنا عنه بحديث النتاج **(وإنْ برهن خارج على ملك مطلق، وذو يد على الشراء منه)** أي من الخارج **(فهو أولى)** لاثباته التلقي من الخارج، فصار كما إذا أقرَّ بالملك له، ثم ادعى الشراء منه **(وإن برهن كل منهما على الشراء من صاحبه)**، ولا تاريخ لهما **(تهاترتا وترك المال)** المدعي به **(في يد ذي اليد عندهما، وعند محمد يقضي للخارج)** قلنا الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك له ولو أثبتا قبضاتها تهاترتا اتفاقاً كما في الدرر ويأتي **(وإن أرخا في العقار بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج أسبق)** من تاريخ ذي اليد **(قضى لذي اليد)** فجعل كأنَّ الخارج اشترى أولاً، ثم باع قبل القبض من ذي اليد وهو جائز في العقار عندهما **(وعند محمد)** قضى **(للخارج)** لأنَّه لا يجيز البيع

اتفاقاً وإن كان وقت ذي اليد أسبق قضى للخارج في الوجهين، ولا ترجيح بكثرة الشهود

فيجعل الخارج كأنَّه قبضه، ثم باعه لذي اليد عنده أيضاً فيجعل الخارج كأنَّه قبضه، ثم باعه من بائعه، وهو ذو اليد تصحيحاً للعقد انتهى **(وإنْ أثبتا قبضاً قضي لذي اليد اتفاقاً)** لأنَّ البيعين جائزان على القولين، لأنَّ الخارج باعه على بائعه بعد ما قبضه، وذلك صحيح **(وإن كان وقت ذي اليد أسبق قضى للخارج في الوجهين)** فيجعل كأنَّه اشتراه ذوي اليد، وقبض ثم باع، ولم يسلم أو سلم، ثم وصل إليه بسبب آخر كما في الهداية، لكن في البحر، وفي المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافي وتمامه فيه، فليطالع. قال ابن الشيخ في شرح الوقاية قالوا: حاصل الكلام في ضبط هذه الأقسام إنْ كان تاريخ أحد المدعيين عند إقامتهما البينة سابقاً فهو أحق، وإنْ لم يكن سابقاً بل كان مساوياً، بأن أرخا موافقاً أو لم يؤرخا أصلاً أو أرخ أحدهما، وكان كل واحد منهما صاحب يدٍ أو كان كل منهما خارجاً في الملك المطلق، أو في الملك بسبب فهما متساويان، إلاَّ إذا تلقيا من واحد وأرخ أحدهما فهو أحق، وإنْ كان أحدهما صاحب يد والآخر خارجاً فالخارج أحق في الملك المطلق عند التساوي في التاريخ إلاَّ إذا ادعيا مع الملك فعلاً بأن قال: هو عبدي اعتقته أو دبرته، فذو اليد أحق بخلاف ما إذا قال: كل واحد هو عبدي كاتبته فهما متساويان لكونهما خارجين إذ لا بد في عقد الكتابة من أهلية العاقدين، فإذا عقدا يكون العبد معتقاً يداً فلا يتصور اليد عليه بخلاف المعتق فإنَّه في يد المولى إذا كان صغيراً أو كبيراً لا يعرف عتقه، ولو قال أحدهما هو عبدي كاتبته، وقال الآخر: دبرته أو أعتقته فهو أولى لأنَّ كل بينة يكون أكثر إثباتاً فهو أحق، هذا في الخارج، وذي اليد في الملك المطلق، أما في الملك بسبب فإنَّ ذكر الخارج وذو اليد سبباً واحداً، وتلقيا من واحد فذو اليد أحق وإنْ تلقيا من اثنين فالخارج أحق عند التساوي في التاريخ، وإنْ ذكرا سببين كالشراء والهبة وغير ذلك ينظر إلى قوة السبب انتهى **(ولا ترجيح بكثرة الشهود)** لأنَّ الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته، حتى لو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء إذ شهادتهما ليست أقل من شهادتهم في إثبات المدعي لأنَّ الاثنين علة تامة موجبة للحكم فالكثرة لا تصلح للترجيح، ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر، وإنما يرجح بقوة فيه بأن كان أحدهما متواتراً والآخر من الآحاد أو كان أحدهما مفسراً والآخر محتملاً فيرجح المفسر على المحتمل، والمتواتر على الأحاد لقوة وصف فيه، وقيل: يقضي لأكثرهما عدد الآن القلب أميل إلى قول الأكثر، وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة لأنَّ المعتبرة في الشاهد أصل العدالة وهي ليست بذي حدٍ فلا يقع الترجيح بها خلافاً لمالك

. . . .

قبل القبض **(وإنْ أثبتا قبضاً قضي لذي اليد اتفاقاً)** لما مر عن الدرر **(وإن كان وقت ذي اليد أسبق قضى للخارج في الوجهين)** فيجعل كأنَّ ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع، ولم يسلم أوس لم ثم وصل اليد بسبب آخر **(و)** اعلم أنَّه **(لا ترجيح بكثرة الشهود)** فإنَّ الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته، وكذا لا ترجيح

وإنْ ادعى أحد خارجين نصف دار والآخر كلها فالربح للأول وعندهما الثلث والباقي للآخر وإن كانت في يديهما فكلها لمدعي الكل نصف بقضاء، ونصف بلا قضاء وإنْ برهن خارجان على نتاج دابة، وأرخا قضيَّ لمن وافق سنها تاريخه وإن أشكل فلهما وإن

(وإنْ ادعى أحد خارجين نصف دار والآخر كلها) وبرهنا على ذلك (فالربح للأول) عند الإمام (وعندهما) للأول (الثلث والباقي للآخر) لأنَّ الإمام اعتبر طريق المنازعة، وهو أنَّ صاحب النصف لا ينازع صاحب الكل في النصف فسلم له النصف، واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف النصف بينهما، فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع، وهما اعتبر طريق العول والمضاربة لأنَّ في المسألة كلاً ونصفاً فالمسألة من اثنين، وتعول إلى ثلاثة، ولصاحب الكل سهمان، ولصاحب النصف سهم هذا هو العول، وأما المضاربة فإنَّ كل واحد يضرب بكل حقه، فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثين في الدار، وصاحب النصف له ثلاث من الثلاثة فيضرب الثلث في الدار فيحصل له ثلث الدار لأنَّ ضرب الكسور بطريق الإضافة فإنَّه إذا ضرب الثلث في الستة يكون معناه ثلث الستة، وهو اثنان، وفي البحر تفصيل فليراجع (وإن كانت) الدار (في يديهما فكلها) أي كل الدار (لمدعي الكل نصف بقضاء، ونصف بلا قضاء) لأنَّ دعوى مدعي النصف منصرفة إلى ما في يده لتكون يده يدٍ محقة في حقه لأنَّ حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، فمدعي النصف لا يدعي شيئاً مما في يد صاحب الجميع، فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة فبقي ما في يده لا على وجه القضاء إذ لا قضاء بدون الدعوى، واجتمعت بينة الخارج، وذي اليد فيما في يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج، ولو كانت في يد ثلاثة فادعى أحدهم كلها وآخر ثلثها وآخر نصفها وبرهنوا فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة، وعندهما بالعول، وبيانه في الكافي فليطالع (وإنْ برهن خارجان على نتاج دابة، وأرخا قضي لمن وافق سنها تاريخه) لرجحانه بشهادة الحال، ولا فرق في ذلك

. . . .

بزيادة العدالة، إذ لا حد للاعدلية (وإن ادعى أحد خارجين نصف دار) في يد ثالث (و) ادعى (الآخر كلها) وبرهنا على ذلك (فالربع للأول) عنده (وعندهما) للأول (الثلث والباقي للآخر) وهو ثلاثة الأرباع عنده اعتباراً للمنازعة، فإنَّه لا منازعة إلاَّ في النصف فنصف النصف، والثلثان عندهما اعتباراً للعول فإنَّ فيه نصفاً وكلاً فتعول من اثنين إلى ثلاثة، وتمامه في المطولات (وإنْ كانت) الدار المدعاة (في يديهما فكلها لمدعي الكل نصف) منهما، وهو ما في يد الأول (بقضاء) لأنَّ الثاني خارج (ونصف) منها (بلا قضاء) لعدم المنازع. (قلت): واستفيد منه أنَّ القضاء على نوعين: قضاء ترك وقضاء الزام، ويسمى بقضاء الملك والاستحقاق أيضاً والفرق من وجهين، أحدهما: أن المقضي عليه في حادثة بهذا القضاء لا يصير مقضياً له فيها أبداً بخلاف قضاء الترك، فإنَّه يصير المقضي عليه مقضياً له إذا برهن، والثاني أنَّه لو ادعى ثالثاً وبرهن قبل قضاء الترك، لا في قضاء الإلزام إلاَّ إذا ادع تلقي الملك من جهة المقضي له، ذكره القهستاني كغيره (وإنْ برهن خارجان على نتاج دابة) بأنها نتجت عنده أو عند بائعه (وأرخا قضى لمن وافق سنها تاريخه) بشهادة الظاهر (وإن أشكل) سنها بأن لم يوافقهما (فلهما) مناصفة

خالفهما بطلا وإنْ برهن أحد الخارجين على غصب شيء والآخر على وديعته استويا.

فصل في التنازع بالأيدي

لابس الثوب أولى من الآخذ بكمه، والراكب أحق من الآخذ باللجام ومن في السرج أحق من الرديف، وصاحب الحمل أولى ممن علق كوزه عليها والراكبان بلا سرج أو فيه

بين أنْ تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لأنَّ المعنى لا يختلف **(وإن أشكل)** أي سنها بأنْ لا يوافق التاريخين لعدم العلم **(فلهما)** أي يقضي لهما لعدم رجحان أحد البرهانين **(وإن خالفهما)** أي خالف السن التاريخين معاً **(بطلا)** أي البرهانان لظهور كذب كل من الفريقين فتترك الدابة بغير قضاء في يد صاحب اليد كما في الهداية وغيرها، وفي التبيين والأصح أنهما لا يبطلان بل يقضي بينهما إنْ كانا خارجين أو كانت في أيديهما وإنْ كانت في يد أحدهما يقضي بها لذي اليد، وتمامه فيه فليطالع **(وإن برهن أحد الخارجين على غصب شيء والآخر على وديعته استويا)** لأنَّ المودع إذا أنكر الوديعة يصير غاصباً وبرهان الوديعة يتضمن إنكار صاحب يد.

فصل في التنازع بالأيدي

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في وقوعه بظاهر اليد لما أنَّ الأول أقوى ولهذا إذا أقامت البينة لا يلتفت إلى اليد فقال: **(لابس الثوب أولى من الآخذ بكمه، والراكب أحق من الآخذ باللجام ومن في السرج أحق من الرديف)** أي لو تنازعا ثوباً أحدهما لابس، والآخر آخذ بكمه وغيره من الأطراف ولا بينة لهم فاللابس أولى من الآخذ في كونه صاحب اليد لأنَّه متصرف ومستعمل، وكذا لو تنازعا دابة أحدهما راكباً والآخر آخذ بلجامها والراكب أولى في كونه ذا يد إذ تصرفه أقوى، وكذا لو تنازعا دابة أحدهما راكب بسرجها والآخر رديفه، فالأول أحق لأنْ تمكنه من ذلك دليل على تقدم يده، وقيل هي بينهما على السواء **(وصاحب الحمل أولى ممن علق كوزه عليها)** أي إذا تنازعا في دابة وعليها حمل لأحدهما، وللآخر كوز،

. . . .

إنْ لم تكن في يد أحدهما فقط، فإنْ كانت فله **(وإنْ خالفهما بطلا)** فيقضي لذي اليد قضاء ترك كذا اختاره في الهداية، والكافي. **(قلت)**: لكنَّ الأصح أنَّه كالمشكل كما جزم به في التنوير والدرر والبحر وغيرها فليحفظ، وإنما قال: نتاج دابة لأنَّه لو برهنا أنَّه ابنه فهو ابن الأسبق تاريخاً عنده، وقالا أنَّه ابنهما كما في المضمرات **(وإن برهن أحد الخارجين على غصب شيء والآخر على وديعته استويا)** فينصف بينهما بأنها بالجحد تصير غصباً.

فصل في التنازع بالأيدي

(لابس الثوب أولى من الأخذ بكمه والراكب حق من الأخذ باللجام) ولو برهنا فالخارج أحق **(ومن في السرج أحق من الرديف وصاحب الحمل أولى ممن علق كوزه عليها)** لأنَّه أكثر تصرفاً

سواء وكذا الجالس على البساط والمتعلق به سواء ومن معه ثوب وطرفه مع آخر والحائط لمن جذوعه عليه أو اتصل ببنائه اتصال تربيع لا لمن له عليه هرادي، بل الجاران فيه سواء وإن كان لكل عليه ثلاثة جذوع فبينهما ولا ترجيح بالأكثر منها وإنْ

والأول أولى من كونه ذا يد لأنَّه أكثر تصرفاً فيها، ولا ترجيح بكثرة الحمل إنْ كانا حملاها، وتنازعا كما لا عبرة بكثرة الشهود، وإذا أقاما بينة في هذه الصور فبينة من كان في حكم خارج أولى لما مر مراراً (**والراكبان بلا سرج أو**) راكبان (**فيه**) أي في السرج (**سواء**) لاستوائهما في التصرف، ولو كان أحدهما متعلقاً بذنبها والآخر ممسكاً بلجامها قالوا: ينبغي أنْ يقضي بها لمن يمسك لجامها لأنَّه لا يتعلق باللجام غالباً إلاَّ المالك بخلاف التعلق بالذنب (**وكذا الجالس على البساط والمتعلق به سواء**) أي إذا تنازعا في بساط أحدهما قاعد عليه، والآخر متعلق به، فهو بينهما نصفان لا على طريق القضاء لأنَّ الجلوس عليه ليس بيد، فاستويا في عدم اليد بخلاف الركوب واللبس، لأنَّ المرء يصير بهما غاصباً لا بالجلوس، وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما (**ومن معه**) أي وكذا إنْ كان (**ثوب**) في يد رجل (**وطرفه مع آخر**) حيث ينصف بينهما وإنْ كان يد أحدهما في الأكثر لأنَّ الزيادة ليست من جنس الحجة، فإنَّ كل واحد منهما مستمسك باليد إلاَّ أن أحدهما أكثر استمساكاً، ومثل تلك لا يوجب الرجحان، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص لأنَّ الزيادة ليست من جنس الحجة، فإنَّ الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كما في العناية بخلاف جالسي الدار تنازعا فيها حيث لا يقضي بينهما لا بطريق الترك، ولا بغيره، لأنَّ الجلوس لا يدل على الملك (**والحائط**) وهو الجدار (**لمن جذوعه عليه**) أي على الحائط (**أو اتصل ببنائه اتصال تربيع**) اتصال التربيع اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل لبنات هذا الجدار في لبنات ذلك، وإنما سميَّ اتصال التربيع لأنَّهما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع وإنْ كان الجدار من خشب، فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركباً في الآخر، وأما إذا نقب وادخل فلا يكون مربعاً فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة، فلا يدل على أنهما بنيا معاً (**لا لمن له عليه هرادي**) وهي خشبات توضع على الجذوع، ويلقى عليها التراب فإنها غير معتبرة.

وكذا البواري لأنَّه لم يكن استعمالاً له وضعاً إذ الحائط لا ينبى لها بل هي للتسقيف، وهو لا يمكن على الهرادي والبواري كما في الدرر (**بل الجاران فيه سواء**) يعني إذا تنازعا في

. . . .

(**والراكبان بلا سرج أو فيه**) أي في السراج (**سواء**) فينصف (**وكذا الجالس على البساط والمتعلق به سواء و**) كذا (**من معه**) أي في يده (**ثوب وطرفه مع آخر**) لا هدبته أو ذنب الدابة (**و**) اعلم أنَّ (**الحائط لمن جذوعه عليه أو اتصل ببنائه اتصال تربينع**) بأنْ يتداخل أنصاف لبناته في أنصاف لبنات الآخر أو أطراف خشباته في الأخرى لدلالته على أنهما بنيا معاً، ولذا سمي بذلك لأنَّه حينئذ يبني صريعاً (**لا لمن له عليه**) اتصال ملازقة أو ثقب وإدخال أو (**هرادي**) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (**بل الجاران فيه**

كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع خشبه، ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذي الاتصال وللآخر حق الوضع وقيل لذي الجذوع

حائط ولأحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما لأنَّ الحائط لا يبنى لأجلها بخلاف الجذوع (**وإن كان لكل**) من الرجلين (**عليه**) أي على الحائط (**ثلاثة جذوع فبينهما**) لاستوائها في أصل العلة (**ولا ترجيح بالأكثر منها**) أي من الثلاثة يعني ولا عبرة بالكثرة والقلة بعد أنْ يبلغ ثلاثاً، لأنَّ الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينـا، واشترط أنْ يبلغ ثلاثاً لأنَّ الحائط يبنى للتسقيف، وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالباً فصار الثلاث كالنصاب له (**وإنْ كان لأحدهما ثلاثة**) جذوع (**وللآخر أقل فهو**) أي الحائط (**لصاحب الثلاثة**) استحساناً، وهو قول الإمام، والقياس وهو مروي عن الإمام أن يكون بينهما نصفين لما بينا أنَّ الترجيح بالقوة لا بالكثرة فيستويان، ووجه الاستحسان أنَّ ما دون الثلاث حجة ناقصة إذ لا يبنى الحائط فيما دونه، والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة (**وللآخر موضع خشبه**) باتفاق الروايات، لأنَّ حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح بالدفع لا للاستحقاق، فلا يؤمر بالقلع ثم اختلف الروايات بعد ذلك في أنَّه هل يملك ذلك الموضع أولاً ذكر في كتاب الدعوى أنَّ الحائط بينهما على قدر الأجذاع لأن موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته، لوجود سبب الاستحقاق فيه، وصححه قاضيخان، وفي كتاب الإقرار أنَّ الحائط كله لصاحب الأجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لأنَّ الحائط لا يبنى لأجل جذع أو جذعين عادةً، وإنما ينصب له إسطوانة، فلا يحكم له بالملك. وفي المحيط، وهو أصح وتمامه في التبيين فليطالع، (**ولو**) كان (**لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذي الاتصال**) أي صاحب الاتصال أولى (**وللآخر**) أي لصاحب الجذوع (**حق الوضع**) وهذه رواية الطحاوي وصححه الجرجاني لأنَّ الحائطين بهذا الاتصال كبناء واحد، فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله، ثم يبقى للآخر وضع جذوعه لما بينا، ولا فرق بين أنْ يكون الاتصال من جانب أو من جانبين (**وقيل لذي الجذوع**) أي صاحب الجذوع أولى ورجح السرخسي هذه الرواية لأنَّ له تصرفاً في الحائط، ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى في الدلالة على الملك، وفي المحيط الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب، اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة، ووضع جذوع، ومحاذاة بناء فأوليهم صاحب التربيع،

. . . .

سواء) لو تنازعا (**وإن كان لكل**) منهما (**عليه ثلاثة جذوع فبينهما**) سوية (**ولا ترجيح بالأكثر منها**) لأنَّ للثلاثة حكم الأكثر (**وإن كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل**) منها (**فهو**) أي الحائط (**لصاحب الثلاثة وللآخر**) أي لصاحب الأقل (**موضع خشبه**) وإن كان لكل عليه جذوع فلكل بقدرها (**ولو لأحدهما جذوع، وللآخر اتصال فلذي الاتصال وللآخر حق الوضع**) أي وضع الجذوع (**وقيل**) الحائط (**لذي الجذوع**). وفي العمادية له جذوع، وللآخر اتصال ملاصقة فلذي الجذوع وذو جذع واحد أحق من ذي

وذو بيت من دار كذي بيوت منها في حق ساحتها ولو ادعيا أرضاً كل أنها في يده وبرهنا قضى بيدهما فإنْ برهن أحدهما أو كان لبن فيها أو بنى أو حفر قضى بيده في يده صبي يعبر عن نفسه قال أنا حر فالقول له وإن قال أنا عبد لفلان فهو عبد لذي اليد وكذا من لا يعبر عن نفسه فلو ادعى الحرية عند كبره، لا يقبل بلا حجة.

ثم صاحب جذوع، ثم صاحب المحاذاة (**وذو بيت من دار كذي بيوت منها**) أي من الدار (**في حق ساحتها**) أي الساحة نصفان بينهما لاستوائهما في الاستعمال، وهو المرور فيها والتوضىء وكسر الحطب ووضع الأمتعة ونحو ذلك، فصارت نظير الطريق بخلاف ما إذا تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر أراضيهما (**ولو ادعيا أرضاً كل**) منها يدعى (**أنها**) أي الأرض (**في يده وبرهنا**) كذلك (**قضى بيدهما**) لأنَّ اليد فيها غير مشاهد لتعذر إحضارها، والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضي (**فإنْ برهن أحدهما**) فقط (**أو كان**) أحدهما (**لبن فيها**) أي في الأرض لبناً (**أو بنى**) فيها (**أو حفر**) فيها (**قضى بيده**) أما الأول فلقيام الحجة فإنَّ اليد حق مقصود.

وأما في الصور الباقية فلوجود التصرف، والاستعمال ولو قال أو تصرف فيها بدل أو كان لبن فيها أو بنى أو حفر لكان أشمل، وأقصر تدبر ومن (**في يده صبي يعبر عن نفسه**) أي يتكلم ويعلم ما يقول (**قال أنا حر**) وأنكر صاحب اليد (**فالقول له**) لأنَّه إن كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا يقبل دعوى أحد عليه أنَّه عبده عند إنكاره إلاَّ ببينة كالبالغ (**وإن قال**) هذا الصبي (**أنا عبد لفلان**) وهو غير ذي اليد (**فهو عبد لذي اليد**) بالإجماع لأنَّه لما أقرَّ بكونه رقيقاً لفلان أقر أنه ليس له استقلال ولا قدرة على نفسه فلا يعمل بإقرار، ويكون عبداً لذي اليد لا للخارج إلاَّ بالبينة لا يقال إنَّ الإقرار بالرق ضرر، وكان الواجب أنْ لا يعتبر في حق الصبي لأنَّ الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض، وتمامه في التبيين فليراجع (**وكذا من لا يعبر عن نفسه**) إذ هو بمنزلة المتاع فيكون ملكاً لمن هو في يده إنْ ادعاه لعدم المعارض من يد على نفسه حقيقة أو حكماً (**فلو ادعي الحرية عند كبره، لا يقبل بلا حجة**) أي لو كبر وادعى الحرية، فلا يقبل قوله لأنه ظهر عليه الرق، فلا ينقض ذلك إلاّ ببينة.

....

الهرادي، واعلم أنَّ حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعدياً لا يسقط بإبراء ولا صلح أو عفو أو بيع أو إجارة كما في الأشباه من الساقط لا يعود فليحفظ، (**وذو بيت من دار**) منها بيوت كثيرة (**كذي بيوت منها في حق ساحتها**) فتنتصف كالطريق بخلاف الشرب فإنَّه بقدر الأرض (**ولو ادعيا**) أي خارجان (**أرضاً كل أنها في يده وبرهنا قضى بيدهما**) فتنتصف (**فإنْ برهن أحدهما**) على يده (**أو كان**) تصرف فيها بأن (**لبن فيها أو بنى أو حفر قضى بيده**) لوجود تصرفه (**في يده صبي**)، لكنه (**يعبر عن نفسه**) أي يعلم ما يقول (**قال: أنا حر فالقول له**) لأنَّه في يد نفسه كالبالغ، (**وإن قال: أنا عبد لفلان**) لغير ذي اليد (**فهو عبد لذي اليد**) لإقراره بعدم يده-(**وكذا من لا يعبر عن نفسه**) لما ذكرنا (**فلو**) كبر و (**ادعى الحرية عند كبره لا يقبل بلا حجة**) لما تقرر أنَّ التناقض لا يمنع صحة الدعوى في الحرية. وكذا النَّسب فلذا عقبه به فقال.

باب دعوى النسب

ولدت مبيعة لأقل من نصف سنة منذ بيعت فادعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وإنْ ادعاه المشتري مع دعوته أو بعدها وكذا لو ادعاه بعد موت الأم أو

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في دعوى النسب لأنَّ الأول أكثر وقوعاً فكان أهم ذكراً فقدمه **(ولدت مبيعة لأقل من نصف سنة)** قمرية **(منذ بيعت فادعاه)** أي الولد **(البائع)** أي بائع المبيعة، ولو أكثر من واحد **(فهو)** أي الولد **(ابنه)** فيثبت نسبه من البائع بدعوته، وإنْ لم يصدقه المشتري لتيقن العلوق قبل البيع في ملكه مع دعوة لم تبطل بالبيع، والمراد من المبيعة الجارية التي لا تباع إلا مرّة كما هو المتبادر، فبهذا اندفع ما قيل من أنَّه واجب عليه أنْ يقول مذ بيعت، وقد ملكها سنتين احترازاً عما إذا بيعت مرتين فولدت لأقل من ستة أشهر فإنَّه حينئذ لم يتيقن إنَّ العلوق في ملك البائع الأول أو الثاني **(وهي)** أي الجارية **(أم ولده)** لأنَّ العلوق وقع في ملكه بيقين **(ويفسخ البيع)** لعدم جواز بيع أم الولد فيأخذ البائع المبيعة **(ويرد الثمن)** لعدم سلامة المبيع للمشتري **(وإنْ)** وصلية **(ادعاه)** أي النسب **(المشتري مع دعوته)** أي البائع **(أو)** ادعاه المشتري **(بعدها)** لأنَّ دعوة البائع دعوة استيلاد لكون أصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير إذا صل العلوق لم يكن في ملكه، والأول أقوى، وأسبق هذا عندنا، وهو استحسان لأنَّ العلوق لما تصل بملكه كان ذلك على كونه منه شهادة ظاهرة حيث أنَّ الظاهر عدم الزناء مع أنَّ النسب مبناه على الخفاء، فيعفي فيه التناقض، والقياس، وهو قول زفر والأئمة الثالثة دعوته باطلة لأنَّ البيع اعتراف منه بأنَّها أمته، وبالدعوة يكون مناقضاً، وإذا بطلت دعواه لم يثبت النسب بدون الدعوة إلاَّ أنْ يصدقه المشتري، أما لو ادعى المشتري أولاً ثم ادعاه البائع لا يثبت النسب من البائع لأنَّ النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض كإعتاقه إذ يحمل على أنَّ المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها **(وكذا)** يثبت النسب من البائع **(لو ادعاه)**

. . . .

باب دعوى النسب

الدعوة نوعان: دعوة استيلاد، وهو أن يكون أصل العلوق في ملك المدعي ودعوة تحرير بخلافه، والأول أقوى لسبقه، واستنادها لوقت العلوق، واقتصار دعوة التحرير على الحال، وسيتضح **(ولدت مبيعة)** لم تلد إلا مرة كما هو المتبادر **(لأقل من نصف نسة منذ بيعت فادعاه البائع)** ولو أكثر من واحد، ذكره القهستاني **(فهو ابنه)** استحساناً لعلوقها في ملكه قبل بيعها، **(و)** إذا صحت استندت فتصير **(هي أم ولده)** خلافاً لزفر والشافعي **(ويفسخ البيع ويرد الثمن وإنْ وصلية) (ادعاه المشتري مع دعوته)** أي البائع **(أو بعدها)** فلو قبلها ثبت نسبه من المشتري وحمل أنَّه نكحها، واستولدها ثم اشتراها، وأفاد بالفاء إن دعوته قبل الولادة موقوفة فإنْ ولدت حياً ثبت وإلاَّ فلا كما في الاختيار، ويلام البائع أنَّ الأمة لو كانت بين جماعة فشراها أحدهم فولدت، فادعوه جميعاً ثبت منهم عنده وخصاه باثنين وإلاَّ فلا كما

عتقها ويرد حصته من الثمن في العتق وكل الثمن في الموت وقالا حصته فيهما ولو ادعاه

أي البائع (**بعد موت الأم أو عتقها**) أي إنْ ماتت الأم ثم ادعاه البائع، وقد ولدت للأقل يثبت النسب من البائع، ويأخذ الولد لأنَّ الأصل في ثبوت النسب، هو الولد لا الأم، ولذا تضاف الأم إليه، ويقال أم الولد وتستفيد الأم الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»[1] فالثابت لها حق الحرية، وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى فلا يضره فوات التبع.

وكذا لو ادعى البائع الولد المولود لأقل من نصف سنة بعد اعتاق المشتري الأم يثبت نسبه، ويحكم بحريته لا في حق الأم فلا تصير أم الولد للبائع لأنَّ دعوته إنْ صحت في حق الأم بطل اعتاق المشتري، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان (**ويرد حصته**) أي حصة الولد (**من الثمن في العتق**) أي يقسم الثمن على قيمتي الولد والأم ويرد ما أصاب الولد من القيمة يوم الولادة دون ما أصاب الأم من القيمة يوم القبض (**و**) يرد (**كل الثمن في الموت**) عند الأم لأنَّه تبين أنَّه باع أم ولده، وماليتها غير متقومة عنده في العقد، والغصب فلا يضمنها المشتري (**وقالا**) يرد (**حصته فيهما**) أي في العتق، والموت لأنَّها متقومة عندهما فيضمنها فعلى ما ذكره يكون رد حصته من الثمن لا حصتها متفقاً عليه إنما الخلاف في الموت، لكن في الدرر وغيره إذا أعتق المشتري الأم أو دبرها يرد البائع على المشتري حصته من الثمن عندهما، وعنده يرد كل الثمن في الصحيح كما في الموت.

كذا ذكر في الهداية فعلى هذا إنَّ الخلاف ثابت فيهما على ما اختاره صاحب الهداية والمصنف اختار ما ذكر في المبسوط حيث قال: يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق، وفرق على هذا بين الموت والعتق بأنَّ القاضي كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه، ولم يوجد التكذيب في فصل الموت، فيؤخذ بزعمه فيسترد بحصتها

. . . .

في النظم وبالإطلاق أنَّه لو لم يصدق المشتري البائع، وقال: لم يكن العلوق عندك، كأنَّ القول للبائع بشهادة الظاهر فإنْ برهن أحدهما فبينته وإنْ برهنا فبينة المشتري عند الثاني وبينة البائع عند الثالث كما في المنية (**وكذا**) أي يثبت من البائع أيضاً، (**لو ادعاه بعد موت الأم**) دون الولد كما يأتي (**أو**) بعد (**عتقها**) أي اعتاق المشتري المبيعة ولو عتقا حكماً كما إذا دبرها (**ويرد**) البائع للمشتري (**حصته**) أي الولد (**من الثمن في**) صورة (**العتق و**) يرد (**كل الثمن في**) صورة (**الموت**) عنده (**وقالا**) يرد (**حصته فيهما**) لا حصة الأم. (**قلت**): وفي البرهان والقهستاني والصحيح من مذهب الإمام أنَّ العتق كالموت، فيرد جميع الحصتين في الصورتين لإقراره بأنها أم ولده، وعليه متن الدرر، والتنوير وعبارة المواهب، ولو ادعاه بعد عتقها أو موتها ثبت منه، وعليه رد الثمن واكتفيا برد حصته، وقيل: لا يرد حصتها في الإعتاق بالاتفاق وعزاه في البرهان للمبسوط وغيره، انتهى. فقد علمت ما هو الصحيح فتبصر (**ولو**

(١) أخرجه ابن ماجه (عتق، ٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٤/ ١٢٢.

بعد موته أو عتقه ردت ولو ولدت لأكثر من نصف سنة وأقل من سنتين إنْ صدقه المشتري فالحكم كالأول وإلاّ فلا يثبت وإنْ لأكثر من سنتين لا تصح دعوته فإنْ صدقه المشتري ثبت نسبه وحمل على النكاح، ولا يرد البيع ولا يعتق الولد، وإنْ باع عبداً ولد

أيضاً كما في الكافي (**ولو ادعاه**) البائع (**بعد موته**) أي بعد موت الولد (**أو عتقه ردت**) دعواه لعدم حاجته إلى النسب بعد الموت.

وكذا بعد عتقه لما ذكرنا أنَّ الولد هو الأصل (**ولو ولدت**) الجارية المبيعة (**لأكثر من نصف سنة وأقل من سنتين**) منذ بيعت (**إنْ صدقه المشتري**) الدعوة (**فالحكم كالأول**) يعني يثبت نسبه وأميتها ويفسخ البيع، ويرد الثمن عندنا خلافاً لزفر والشافعي على ما مر (**وإلاّ**) أي وإنْ لم يصدقه المشتري (**فلا يثبت**) النسب لاحتمال أنْ لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه فإذا صدقه فقد رضيَ بإسقاط حقه فيثبت النسب (**وإنْ**) ولدت (**لأكثر من سنتين**) منذ بيعت (**لا تصح دعوته**) لأنَّه لم يوجد اتصال العلوي بملكه وهو الأصل (**فإنْ صدقه المشتري**) البائع (**ثبت نسبه**) أي نسب الولد (**وحمل على النكاح، ولا يرد البيع ولا يعتق الولد**) ولا تصير الأمة أم ولد لحدوث العلوق بعد البيع، ولا يستند على ما قبله حتى لزم بطلان

. . . .

ادعاه بعد موته أو عتقه ردت) دعوته في الصورتين لفوات الأصل (**ولو ولدت**) الأمة المذكورة (**لأكثر من نصف سنة**) مذ بيعت.

وكذا لنصف سنة كما في الخلاصة وغيرها (**وأقل من سنتين**) بهذا القيد تصير الأحكام ثلاثة فافهم، (**إن صدقه المشتري فالحكم كالأول**) ويحمل على العلوق قبل بيعه حيث صدقه (**وألا**) يصدقه (**فلا يثبت**) لاحتمال أن يكون العلوق في ملكه فلا بد من تصديقه، وهذا حكم ثاني (**و**) الحكم الثالث (**إن**) ولدت (**لأكثر من سنتين**) مذ بيعت (**لا تصح دعوته**) لوقوع الشك في العلوق (**فإن صدقه المشتري**) في هذه الصورة (**ثبت نسبه**) لزوال المانع (**وحمل على**) أنَّه استولدها بحكم (**النكاح**) حملاً لأمره على الصلاح (**ولا يرد البيع**) في هذه الصورة ولا تصير الأم أم ولد للبائع (**ولا يعتق الولد**) بل يبقى عبداً للمشتري، وتصح دعوة المشتري، ولو ادعياه لم تعتبر دعوة أحدهما للشك بلا فرق بين مسلم وذمي وحر ومكاتب.

وكذا لو ادعياه في الصورة الثانية فالقول للمشتري اتفاقاً.

وكذا لو برهنا عند الثاني خلافاً للثالث، ولو ولدت عند المشتري ولدين أحدهما لدون ستة أشهر والآخر للأكثر، ثم ادعى البائع الأول ثبت نسبهما بلا تصديق المشتري، كما في شرح المجمع قبيل الشهادة، ولو برهن كل من اثنين خارجين على ذي يد أنَّ هذا عبده، ولد من عبده وأمته كان لهما، ونسبه يثبت من الأمتين كالعبدين، وهذا عنده وقصراه على العبدين كما في المواهب. (**قلت**): ولم يذكر ما لو كثروا والتعلل بالتعويل على الحجة يفيد الاتحاد فراجعه لتبلغ المراد، (**وإنْ باع عبداً**) قد

عنده ثم ادعاه بعد بيع مشتريه من آخر صحت دعوته ورد بيع مشتريه، وكذا لو كاتبه المشتري أو كاتب أمه أو رهن أو آجر أو زوجها ثم كانت الدعوة صحت ونقضت هذه التصرفات ولو باع أحد توأمين، ولدا عنده فأعتقه مشتريه، ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري ومن في يده صبي لو قال هو ابن زيد ثم قال هو ابني لا يكون ابنه وإنْ جحد زيد بنوته وعندهما يصح أنْ جحد ولو كان في يد مسلم وذمي،

بيعه، والأمة أم ولد لبائعه بملك نكاح بأن ملكها، ثم باعها فاستولدها بالنكاح حملاً لأمره على الصلاح (**وإنْ باع عبداً ولد عنده**) أي عند البائع وكان العلوق أيضاً عنده (**ثم ادعاه بعد بيع مشتريه**) من آخر (**صحت دعوته**) ويكون هو ابنه (**ورد بيع مشتريه**) لأنَّ اتصال العلوق بملكه كالبينة، والبيع يحتمل النقض، وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله (**وكذا**) الحكم (**لو كاتبه**) أي الولد (**المشتري أو كاتب**) المشتري (**أمه أو رهن**) الولد لو أمه (**أو آجر**) الولد أو أمه (**أو زوجها**) أي الأم (**ثم كانت الدعوة صحت**) أي دعوته (**ونقضت هذه التصرفات**) لأنَّ هذه العوارض يحتمل النقض فينتقض ذلك كله، وتصح الدعوة بخلاف الإعتاق، والتدبير لأنَّهما لا يحتملان النقض على ما مر (**ولو باع أحد توأمين، ولدا عنده فاعتقه مشتريه، ثم ادعى البائع**) التوأم (**الآخر ثبت نسبهما منه**) لأنَّهما خلقا من ماء واحدٍ (**وبطل عتق المشتري**) إذ ثبوت نسب أحدهما يستلزم نسب الآخر هذا إذا كان أصل العلوق في ملك البائع وإنْ لم يمكن في ملكه يثبت نسبهما منه عند تصديق المشتري، ولا يبطل عتق المشتري ولا ينتقض بيع البائع لأنَّ هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولايته (**ومن في يده صبي**) لا يعبر عن نفسه (**لو قال هو ابن زيد**) أو هو ابن عبد فلان الغائب (**ثم قال هو ابني لا يكون ابنه**) أي ابن ذي اليد (**وإنْ**) وصلية (**جحد زيد بنوته**) عند الإمام لأنَّ النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته وإذا صدقه زيد أو لم يدر تصديقه، ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقرّ عندهم (**وعندهما يصح إنْ جحد**) زيد بنوته، وهو ابن ذي اليد لأنَّ الإقرار ارتد بالرد فصار كأن

. . . .

(**ولد عنده ثم ادعاه بعد بيع مشتريه صحت دعوته ورد بيع مشتريه**) لعلوقه في ملكه (**وكذا**) الحكم (**لو كاتبه**) أي الولد (**المشتري أو كاتب أمه أو رهن أو آجر أو زوجها**) عبارة الدرر بخطه رحمه الله بلفظ، ثم وهو من سهو القلم، كما لا يخفى (ثم) بعد ذلك (**كانت**) هذه (**الدعوة صحت**) دعوته (**ونقضت هذه التصرفات**) بخلاف الإعتاق على ما مر (**ولو باع أحد توأمين ولداً عنده**) يعني علقا وولداً عند البائع (**فأعتقه مشتريه ثم ادعى البائع**) الولد (**الآخر ثبت نسبهما منه**) من البائع (**وبطل عتق المشتري**) بأمر فوقه، وهو حرية الأصل لأنهما عتقا في ملكه حتى لو اشتراها حبلى لم يبطل عتقه لأنَّها دعوة تحرير فتقتصر. (**قلت**): وحيلة إسقاط دعوة البائع أنْ يقرّ بأنه ابن عبده فلان، فلا تصح دعواه أبداً كما في المجتبى وإليه يشير قوله (**ومن في يده**) أو يد غيره (**صبي لو قال هو ابن زيد**) الغائب (**ثم قال هو ابني لا يكون ابنه**) أبداً (**وإن**) وصلية (**جحد زيد بنوته**) عنده لأنَّ النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته، وقد تعلق به حق الغير (**وعندهما يصح إنْ جحد**) زيد بنوته. (**قلت**): وقد كررها منلا خسرو في الفصل بعده وسها

فادعى المسلم رقه والكافر بنوته فهو حر ابن الكافر ولو كان في يد زوجين فزعم أنَّه ابنه من غيرها وزعمت أنَّه ابنها من غيره فهو ابنهما ولو استولد مشتراته ثم استحقت فالولد

لم يكن والإقرار بالنسب يرتد بالرد، وإنْ كان لا يحتمل النقض، وفي الدرر نقلاً عن العمادية، ولو قال الصبي: هذا الولد مني ثم قال ليس مني، ثم قال هو مني يصح إذ بالإقرار بأنَّه مني تعلق حق المقر والمقر له.

أما حق المقر له فإنَّه ثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقاً من ماء الزنى فإذا قال ليس هذا الولد مني لا يملك إبطال حق الولد، فإذا عاد إلى التصديق يصح ولو قال: هذا الولد مني ثم قال: ليس مني لا يصح النفي لأنَّ النسب ثبت، وإذا ثبت لا ينتفي بالنفي وهذا إذا صدقه الابن، أما بغير التصديق فلا يثبت النسب لأنَّه إقرار على لغير بأنه جزئي لكن إذا لم يصدقه الإبن، ثم عاد إلى التصديق يثبت النسب لأنَّ إقرار الأب لم يبطل بعدم تصديق الابن فيثبت النسب، ولو أنكر الأب الإقرار فأقام الابن البينة أنه أقرَّ أني ابنه تقبل، والإقرار بأنه ابني مقبول لأنَّه إقرار على نفسه بأنه جزؤه، أما الإقرار بأنَّه أخوه لا تقبل لأنَّه إقرار على الغير **(ولو كان)** الصبي **(في يد مسلم وذمي، فادعى المسلم رقه و)** ادعى **(الكافر بنوته فهو حر ابن الكافر)** لأنَّ الإسلام مرجح أينما كان، والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لأنَّ النظر للصبي واجب، ونظره فيما ذكرنا أوفر لأنَّه ينال شرف الحرية حالاً، وشرف الإسلام مآلاً إذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً وحرمانه عن الحرية إذ ليس في وسعه اكتسابها، وتمامه في العناية فليطالع، قيل مسلم أيضاً حالاً بحكم الإسلام لا عبد لمسلم، هذا إذا ادعيا معاً وإنْ سبق دعوى المسلم كان عبداً له، وإنْ ادعيا البنوة كان ابناً لمسلم لحصول الإسلام حالاً **(ولو كان)** الصبي **(في يد زوجين فزعم)** الزوج **(أنَّه ابنه من غيرها وزعمت)** الزوجة **(أنه ابنها من غيره فهو)** أي الولد **(ابنهما)** لأنَّ كلاً منهما أقرَّ للولد بالنسب وهو في أيديهما، ثم يريد كل منهما إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه، والمراد من الصبي الصبي الغير المعبر وإلا فهو لمن صدقه **(ولو استولد مشتراته)** يعني لو اشترى أمة فولدت منه وادعاه **(ثم**

. . . .

العمادي وغيره، وفيه كلام ذكرت المهم منه فيما علقه على التنوير **(ولو كان(** أي صبي **(في يد مسلم وذمي)** فادعى المسلم رقه، والكافر بنوته فهو حر ابن الكافر لنيله الحرية حالاً والإسلام مآلاً بنفسه، وهذا إذ ادعياه معاً فلو سبق دعوى المسلم كان عبداً له، ولو ادعيا النبوة كان ابناً للمسلم إذ القضاء بنسبته من المسلم قضاء بإسلامه. **(قلت)**: وقد جزم ابن الكمال بأنَّ ابن الكافر يكون مسلماً لأنَّ حكمه حكم دار الإسلام وعزاه للتحفة فليحفظ **(ولو كان في يد زوجين فزعم)** بأنْ قال **(أنَّه ابنه من)** امرأة **(غيرها وزعمت أنه ابنها من)** رجل **(غيره فهو ابنهما)** إنْ ادعيا معاً عملاً بالظاهر وإلا ففيه تفصيل، ذكره ابن الكمال، وهذا هو غير معبر وإلاَّ فهو لمن صدقه، ذكره في الدرر **(ولو استولد مشتراته)** أي من

حر وعلى الأب قيمته يوم الخصومة فإنْ مات الولد فلا شيء على أبيه وتركته له وإن قتله الأب غرم قيمته وكذا إن قتله غيره فأخذ ديته ويرجع بقيمته وبالثمن على بائعه لا بالعقر.

استحقت) الأمة بدعوى مستحق **(فالولد حر)** وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أي سبب كان كالإرث والهبة والوصية وكذا إذا تزوجها على أنَّها حرة فولدت له، فاستحقت كما في أكثر المعتبرات فعلى هذا لو قال، ولو ملك أمة بأي سبب كان لكان أشمل **(وعلى الأب قيمته)** أي قيمة الولد بإجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين، ولأنَّ النظر من الجانبين واجب، فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه، ورقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما **(يوم الخصومة)** لأنَّه يوم المنع كولد المغصوبة **(فإنْ مات الولد)** قبل الخصومة إذ بعد الخصومة يغرم لتحقق المنع منه **(فلا شيء على أبيه)** لانعدام المنع **(وتركته له)** أي تكون تركة الولد ميراثاً لأبيه سواء كان قبل الخصومة أو بعدها لكونه حر الأصل إذ الولد في حياته أحق بماله فيكون الأب أحق بعد وفاته، لأنَّه خلفه **(وإن قتله الأب غرم قيمته)** لتحقق المنع من الأب بقتله **(وكذا إنْ قتله غيره)** أي غير الأب **(فأخذ ديته)** أي أخذ الأب مقدار قيمة الولد لأنَّ سلامة بدله كسلامته، ومنع بدله كمنعه، فيغرم قيمته كما إذا كان حياً **(ويرجع)** المشتري **(بقيمته)** أي قيمة الولد التي ضمنها **(وبالثمن)** أي ثمن الجارية **(على بائعه)** لأنَّ البائع ضمن له سلامة الولد لكونه جزء المبيع إذ الغرور يشمل سلامة جميع أجزاء المبيع **(لا)** يرجع **(بالعقر)** الذي أخذ منه المستحق لأنَّه بدل استيفاء منفعة البضع، وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامناً لسلامته، وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالعقر أيضاً، ولو باعها المشتري من آخر فاستولدها الثاني، ثم استحقت رجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد، والمشتري الأول على البائع الأول بالثمن، ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند الإمام، وقالا يرجع عليه بقيمة الولد أيضاً. وفي الدرر ادعى العصوبة وبين النسب، وبرهن الخصم أنَّ النسب بخلافه إن قضى بالأول لم يقض به وإلاَّ تساقطا للتعارض

. . . .

ملكها بأي سبب كان أو تزوجها على أنَّها حرة **(ثم استحقت فالولد حر)** الأصل لأنَّه ولد المغرور **(و)** حينئذ **(على الأب)** عقرها **(وقيمته يوم الخصومة)** لو حياً **(فإنْ مات الولد)** قبل الخصومة **(فلا شيء على أبيه)** لعدم المنع منه **(وتركته)** إرثاً **(له)** أي لأبيه لحريته في حقه **(وإنْ قتله الأب غرم قيمته)** لوجود المنع **(وكذا)** أي يغرمها **(إن قتله غيره فأخذ)** أبوه **(ديته)** لو قدر قيمته فلو أقل أو أخذ أقل لزمه بقدره، ولو لم يأخذ شيئاً لا شيء عليه، ذكره العيني وغيره فليحفظ **(ويرجع)** في الصورتين **(بقيمته)** التي ضمنها **(وبالثمن)** للجارية ولو هالكة **(على بائعه)** أي بائع الولد ببيع أمه **(لا)** يرجع **(بالعقر)** الذي أخذه منه المستحق للزومه باستيفاء منافعها.

وكذا لو استولدها المشتري الثاني لكن إنما يرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن فقط، كذا في المواهب وفيه خلافهما. (تنبيه): التناقض في موضع الخفأ عفو كحرية وعتق، فلو شرى جارية

. . . .

وعدم الأولوية، برهن أنَّه ابن عمه لأبيه وأمه، وبرهن الدافع أنَّه ابن عمه لأمه فقط أو على إقرار الميت به أي بأنَّه ابن عمه لأمه فقط كان دفعاً قبل القضاء بالأول لا بعده لتأكده بالقضاء بخلاف الأول، ادعى ميراثاً بالعصوبة فدفعه أن يدعي خصمه قبل الحكم إقراره مفعول يدعي بأنَّه من ذوي الأرحام إذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقض انتهى.

. . . .

فادعت أنها حرة الأصل، وقضى به بإقراره أو نكوله لم يرجع بالثمن، فلو حضر البائع وأنكر حريتها فبرهن المشتري على حريتها ليرجع بثمنها قبل كما في التتارخانية، وفيها أيضاً قالا لا حق لي قبل فلان ثم ادعى عيناً في يده لا تسمع انتهى.

كتاب الإقرار

وهو إخبار بحق لآخر على نفسه ولا يصح إلاَّ لمعلوم وحكمه ظهور المقر به لا إنشاؤه

كتاب الإقرار

مناسبته بالدعوى لأنَّ حال المدعي عليه دائر بين الإقرار والإنكار، وإلى الإقرار أقرب لأنَّ الغالب في حال المسلم الصدق (وهو) لغة الإثبات من قر الشيء قراراً إذا قام وثبت، ومنه ثابت القدم لمن قر ويقال أقره إقراراً إذ أقامه هذا في الحسي، وأما في القول يقال: أقر به إذا أظهر بالقول وشرعا (إخبار) أي إعلام بالقول فلو كتب أو أشار ولم يقبل شيئاً لم يكن إقراراً ويدخل فيه ما إذا كتب إلى الغائب، أما بعد فله كذا فإنَّه كالقول شرعاً كما في القهستاني (بحق) أي بما يثبت ويسقط من عين غيره لكنه لا يستعمل إلاَّ في حق المالية فيخرج عنه ما دخل في حق التغرير ونحوه (لآخر على نفسه) أي لغير المخبر على المخبر إما لنفسه على آخر فهو

. . . .

كتاب الإقرار

مناسبته أنَّ المدعي عليه إما منكر أو مقر، وهو أقرب لغلبة الصدق (هو) لغة إثبات الشيء باللسان أو بالقلب، أو بهما ضد الإنكار دون الجحود لاختصاصه باللسان وشرعاً (إخبار) بلسانه لا بإشارة أو كتابة إلاَّ إذا كتب لغائب أما بعد فله على كذا كما في الصغرى (بحق) أي بثبوت حق لإثباته وحمكه ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء كما يأتي، وعبارة القهستاني أي بما يثبت ويسقط من عين وغيره فلا يشكل بمثل الإقرار بالعتاق لكنه لا يستعمل إلاَّ في حق المالية كما مر فيخرج عنه ما دخل من حق التقرير ونحوه، (لآخر على نفسه) فلو لنفسه كان دعوى لا إقراراً ولا ينتقض بإقرار الوكيل والولي ونحوهما لنيابتهم مناب المنوبات شرعاً (ولا يصح إلاَّ لمعلوم) لعدم صلاحية المجهول للاستحقاق (وحكمه ظهور المقر به) لرجحان الصدق (لا إنشاؤه) أي لا إثباته بهذا اللفظ حتى لو علم المقر له

فصح الإقرار بالخمر للمسلم لا بطلاق وعتاق مكرهاً وإذا أقرَّ حر مكلف بحق معلوم أو

دعوى، ولآخر على آخر فهو شهادة، وفيما قاله أبو المكارم من أنَّ التعريف منقوض بإقرار الوكيل في حق الموكل كلام لنيابته منابه شرعاً، والدليل على حجيته الكتاب، والسنة وإجماع الأمة، ونوع من المعقول وشرطه الحرية والعقل والبلوغ، وركنه أنْ يقول المقر لفلان علي كذا **(ولا يصح)** الإقرار **(إلاَّ لمعلوم)** أي لشخص معلوم، لأنَّ المجهول لا يصلح مستحقاً، وفي المنح، وأما جهالة المقر له فمانعة من صحته إنْ تفاحشت كواحد من الناس على كذا، وإلاَّ كلأحد هذين على كذا لا، ولا يجبر على البيان، ولكل منهما أن يحلفه، وفي الدرر، وإنْ لم يتفاحش بأن أقرَّ بأنَّه غصب هذا البعد من هذا أو من هذا فإنَّه لا يصح عند شمس الأئمة السرخسي لأنَّه إقرار للمجهول وأنَّه لا يفيد، وقيل يصح، وهو الأصح، وتمامه فيه فليطالع **(وحكمه)** أي الإقرار **(ظهور المقر به)** أي المخبر به للمقر له عليه **(لا إنشاؤه)** أي لا إثبات المقر به له بهذا اللفظ، ولذا قالوا: إنَّ المقر له إذا علم أنَّ المقر كاذب في إقراره، ثم أخذه منه لم يحل له ديانة إلاَّ إنْ أخذه عن طيب نفسه فإنَّه تمليك مبتدأ، وإنما لم يكتف بالإثبات عن النفي وجمعهما مبالغة في رد ما قال بعض المشائخ: إنَّ الإقرار إنشاء وإنما أطلق إشارة إلى أن تصديق المقر له لم يشترط وإنْ ارتد برده، ولو صدقه، ثم رده لم يصح الرد، ولو رده، ثم أعاد إقراره صح الإقرار كما في القهستاني، وقد فرع عن كون حكم الإقرار ظهور المقر به لا إنشاؤه بقول ه**(فصح الإقرار بالخمر للمسلم)** ولو كان الإقرار إنشاء لما صح لأنَّ المسلم لا يصلح له تمليك الخمر، وفي المحيط: لو أقرَّ بخمر للمسلم يصح ويؤمر بتسليمها إذا طلب استردادها، ولو أقرَّ بخمر مستهلك لمسلم لا يصح لأنَّه لا يجب للمسلم بدل الخمر **(لا)** يصح الإقرار **(بطلاق وعتاق مكرهاً)** لقيام دليل الكذب، وهو الإكراه ولو كان إنشاء لصح لأنَّ طلاق المكره وإعتاقه واقعان عندنا **(وإذا أقرَّ حر)** وإنما شرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً لأنَّ العبد المحجور عليه يتأخر إقراره بالمال إلى ما بعد العتق.

وكذا المأذون فيما ليس من باب التجارة كالمهر لوطء امرأة تزوجها بغير إذن مولاه، والجناية الموجبة للمال لأنَّ الإذن لا يتناول إلاَّ التجارة فلم يكن مسلطاً عليه بخلاف ما إذا أقرَّ

. . . .

كذبه، لم يحل الأخذ ديانة إلاَّ بطيب نفس فإنَّه تمليك مبتدأ، ولم يكتف بالإثبات عن النفي ليفيد رد ما قيل أنَّ الإقرار إنشاء، ذكره القهستاني. **(قلت)**: لكن في التنوير أنَّه إقرار من وجه إنشاء من وجه وأفاد بالإطلاق أنَّ تصديق المقر له ليس بشرط وإنْ ارتد برده، ولو صدقه ثم رده لم يصح الرد ثم لو أعاد إقراره، صح وجعل إقراراً آخر، فلو أنكره هدر، وقال في البدائع: والأشبه قبول البينة، واعتمده شارح الوهبانية ثم فرع على كونه خبراً مظهراً لا مثبتاً بقوله **(فصح الإقرار بالخمر للمسلم)** حتى يؤمر بالتسليم إليه ولو كان تمليكاً مبتدأ لما صح **(لا)** يصح الإقرار **(بطلاق وعتاق مكرهاً)** ولو كان إنشاء لصح **(وإذا أقرَّ حر)** فإنَّ إقرار العبد وإنْ صح في الحد والقود لكنه لم يصح بالمال **(مكلف)** يقظان طايعان والمأذون

مجهول كشيء وحق صح ولزمه بيان المجهول بما له قيمة والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر وفي مال لا يصدق في أقل من درهم ومال عظيم نصاب مما بين به فضة أو

بالحدود والقصاص (**مكلف**) لأنَّ إقرار المجنون والمعتوه والصبي العاقل لا يصح لانعدام أهلية الالتزام إلاَّ إذا كان الصبي والمعتوه مأذوناً له في التجارة فيصح إقراره كما هو من ضرورات التجارة كالدين والوديعة، والعارية والمضاربة، والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية، والكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الإذن دون غيره، والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز وإقرار السكران جائز مطلقاً إذا كان سكره بطريق محظور إلاَّ إذ أقرَّ فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وإنْ سكر بطريق مباح كالشرب مكرهاً، وكذا شرب المتخذ من الحبوب، والعسل عندهما خلافاً لمحمد (**بحق معلوم أو مجهول كشيء وحق**) أي قال لفلان علي شيء أو حق (**صح**) إقراره لأنَّ جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار لأنَّ الحق قد يلزمه مجهولاً، بأن أتلف مالاً لا يدري أو جرح جراحة لا يدري إرشها (**ولزمه**) فيما أقرَّ بمجهول (**بيان المجهول**) حتى لو امتنع أجبره القاضي على بيانه (**بما له قيمة**) لأنَّه أخبر عن الواجب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب كحبة من الحنطة فلا يقبل قوله بل يحمل على الرجوع فيجبر على البيان، وفي المحيط: ولو كان لفلان علي حق، ثم عنيت به حق الإسلام أو الجار لا يصدق إلاَّ إذا قال ذلك موصولاً لأنَّه بيان باعتبار العرف خلافاً للأئمة الثلاثة (**والقول قوله**) أي القول المقر (**مع يمينه إن ادعى المقرّ له أكثر**) مما بينه المقر بلا برهان لإنكاره الزيادة، والقول للمنكر، وفي المنح تفصيل فليراجع، وفي القهستاني لو أنكر الإقرار بمجهول وأريد إقامة البينة عليه لم يقبل لأنَّ جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة وتمامه في الجواهر والتحفة (**وفي**) قوله له على (**مال لا يصدق في أقل من درهم**) لأنَّ ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة، وهو المعتبر خلافاً للأئمة الثلاثة (**و**) لزم في قوله على (**مال عظيم نصاب مما بين**

. . . .

من عبد ومعتوه، وصبي كمكلف (**بحق معلوم أو مجهول كشيء وحق صح**) بخلاف جهالة المقر أو المقر له لك على أحدنا ألف أو لزيد علي ألف لم يصح، لأنَّ زيداً في الدنيا كثير، ثم إطلاق الجهالة لا يخلو عن شيء لأنَّه لو أقرَّ بما تضره الجهالة كبيع وإجارة، لم يجز لأنَّه تصرف فاسد كما حررته فيما علقته التنوير (**ولزمه**) أي المقر (**بيان المجهول**) فلو لم يبين أجبره القاضي على بيانه (**بما له قيمة**) ولو فلسا أو جوزة (**والقول قوله مع يمينه إنْ ادعى المقر له أكثر**) لأنَّه المنكر ومفاده أنَّه لو أنكر الإقرار بمجهول لم تسمع عليه البينة لجهالة المشهود به كجهالة المقر والمدعي، وأنَّه لو قال: غصبته وبين زوجته أو ولده أو كفاً من تراب أو قطرة من ماء أو جلد ميتة أو صبياً حراً لم يصح على الأصح لأنَّه رجوع، (**وفي**) قوله له على (**مال**) أو مال قليل (**لا يصدق في أقل من درهم**) لأنَّ دونه كسور لا يعد عادة مالاً، ولو قال: دريهم أو دنينير لزمه التام لأنَّ ذكر المصغر لصغر الجسم والمعتبر الوزن المعتاد إلاَّ

غيرها، ومن الإبل خمس وعشرون ومن البر خمسة أوسق، ومن غير مال الزكاة لزمه قيمة النصاب وأموال عظام ثلاثة نصب ودراهم ثلاثة ودراهم كثيرة عشرة وعندهما نصاب وكذا درهما درهم وكذا كذا أحد عشر وإن ثلث فكذلك وكذا وكذا أحد وعشرون

به فضة أو غيرها) لأن النصاب عظيم يجعل صاحبه غنياً، هذا قولهما ورواية عن الإمام وعنه أنَّه يصدق في عشرة دراهم لأنَّها مال عظيم حتى تقطع بها اليد، ويستباح البضع، قيل الأصح على قول الإمام أنْ ينظر إلى حال المقر في الفقر والغنى فإنَّ القليل عند الفقير عظيم، والكثير عند الغني ليس بعظيم، وهو في الشرع متعارض فإنَّ المائتين في الزكاة عظيم، وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة، فيرجع إلى حال المقر **(ومن الإبل خمس وعشرون)** أي لزوم في قوله على مال عظيم من الإبل خمس وعشرون إبلاً لأنَّه أول نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه فهو عظيم من وجه دون وجه، والمطلق ينصرف إلى الكامل، وفي المنح وإنْ قال غصبت إبلاً كثيرةً أو بقراً كثيرةً أو غنماً كثيرة ينصرف إلى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما، وهو خمسة وعشرون من الإبل، والثلاثون من البقر، والأربعون من الغنم وعنده يرجع إلى بيان المقر **(ومن البر خمسة أوسق)** لأنَّه المقدر بالنصاب عندهما، وعند الإمام يرجع إلى بيان المقر، وقول المصنف مما بين إلى هنا لا يخلو عن التشوش يظهر لك عند التأمل **(ومن غير مال الزكاة لزمه قيمة النصاب)** فلا يصدق في أقل من مقدار النصاب قيمة في غير مال الزكاة كالحمار والبغل لأنَّ قدر قيمته عظيم أيضاً، وعن الإمام أنَّه مقدر بعشرة دراهم كما في الاختيار **(و)** لزم في له على **(أموال عظام ثلاثة نصب)** من أي مال كان فسره به لأنَّ أقل الجمع ثلاثة، فلا يصدق في أقل منه للتيقن به **(و)** في **(دراهم ثلاثة)** بالإجماع اعتباراً لأدنى الجمع **(و)** في **(دراهم كثيرة عشرة)** عند الإمام لأنَّها أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع **(وعندهما نصاب)** وهو مائتا درهم لأنَّ صاحب النصاب مكثر، حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه، وعلى هذا الخلاف إذا قال علي دنانير كثيرة عندهما ينصرف إلى النصاب، وعنده إلى العشرة.

وكذا إذا قال على ثياب كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي درهم، ولو قال علي مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفي: لم أجده منـ[illegible]ـصاً عليه، وكان الجرجاني يقول: يلزمه مائتان **(و)** لو قال له على **(كذا درهماً)** لزم **(درهم)** لأنَّ كذا مبهم

....

بحجة، ذكره الزيلعي **(و)** في **(مال عظيم نصاب)** زكوي **(مما بين به من فضة أو غيرها)** ففي قوله من الدنانير عشرون مثقالاً **(ومن الإبل خمس وعشرون)** ومن البقر ثلاثون، ومن الغنم أربعون **(ومن البر خمسة أوسق)** لأنَّه أدنى نصاب يؤخذ من جنسه **(و)** إنْ بين **(من غير مال الزكاة)** كحديد ونحاس **(لزمه قيمة النصاب)** الزكوي وعنه نصاب السرقة، وعنه اعتبار حاله في غناه وأمحاه، وهو الأصح كما في المواهب، وغزاه في البرهان للمبسوط **(و)** في له على **(أموال عظام ثلاثة نصب)** أو قيمتها لو فسره بغير الزكوي **(و)** في **(دراهم ثلاثة و)** في **(دراهم كثيرة عشرة)** لأنَّها نهاية اسم الجمع، وهذا عنده **(وعندهما نصاب)** زكوى **(و)** في **(كذا درهماً درهم)** على المعتمد، وقيل إثنان، ولو خفضه فمائة كما في الاختيار

وإنْ ثلث بالواو زيد مائة وإن ربع زيد ألف وكذا كل مكيل أو موزون وبشرك في عبد فهو نصف عند أبي يوسف وعند محمد يؤمر بالبيان وقوله على أو قبلي إقرار بدين فإنْ وصل

ودرهماً تفسير له، وفي التتمة والذخيرة يلزمه درهمان لأنَّ كذا كناية عن العدد، وأقل العدد اثنان لأنَّ الواحد ليس بعدد، وفي شرح المختار قيل: يلزمه عشرون، وهو القياس لأنَّ كذا يذكر للعدد عرفاً، وأقل عدد غير مركب بذكر بعده الدراهم بالنصب عشرون، ولو ذكره بالخفض، روي عن محمد: يلزمه مائة، ولو قال له علي درهم عظيم يلزمه درهم واحد، ولو قال: علي دريهم يلزمه درهم تام لأنَّ التصغير قد يذكر على سبيل الاستقلال، فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان (و) لو قال بلا واوٍ له على **(كذا كذا)** درهماً لزم **(أحد عشر)** درهماً، لأنَّ كذا كناية عن العددين بالإضافة، وهو من أحد عشر إلى تسعة عشر، فيحمل على الأقل لتيقنه، وعند الشافعي يلزمه درهم **(وإنَّ ثلث)** أي قال بلا واو له علي كذا كذا كذا درهماً **(فكذلك)** أي يلزمه أحد عشر أيضاً لأنَّه لا نظير له في ألفاظ العدد فحمل الأخير على التكرار أو التأكيد (و) لو قال له علي **(كذا وكذا)** بحرف العطف لزم **(أحد وعشرون)** درهماً لأنه فصل بينهما بحرف العطف وأقل ذلك من العدد المفسر أحد وعشرون وأكثره تسعة وتسعون، فالأول يلزمه من غير بيان، والزيادة تقف على بيانه، وعند الشافعي يلزمه درهمان **(وإن ثلث)** لفظ كذا **(بالواو زيد مائة)** أي يلزمه مائة واحد وعشرون لأنَّه أقل ما يعبر عنه بثلاثة أعداد مع الواو **(وإنَّ ربع)** لفظ كذا مع تثليث الواو **(زيد ألف)** على مائة واحد وعشرين لأنه أقل ما يعبر عنه بأربع أعداد مع الواو فيحمل على الأقل المتيقن دون الأكثر إذ الأصل في الذمم البراءة، ولو خمس يزاد عشرة آلاف، ولو سدس يزاد مائة ألف، ولو سبع يزاد ألف ألف، وكلما زاد عدداً معطوفاً بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى، كما في البحر **(وكذا كل مكيل أو موزون)** في جميع ما ذكر من الصور **(وبشرك في عبد)** يعني إذا قال له شرك في هذا العبد **(فهو نصف عند أبي يوسف)** لأنَّ الشرك بمعنى الشرك، وهي تنبىء عن التسوية **(وعند محمد يؤمر بالبيان)** لأنَّ الشرك يجيء بمعنى النصيب، وهو مجمل فعليه بيانه بما شاء، وفي التسهيل والفتوى على قول أبي يوسف **(وقوله على أو قبلي إقرار بدين)** أي لو

. . . .

وغيره. (قلت): ومفاده أنَّ تمييز كذا قد يجيء مجروراً بالإضافة فإنَّ محمداً هو الإمام في العربية، وجعله في المغني قول الكوفيين فالرضى المخطيء له بأنَّه غير عربي مخطيء كظن بنائه على عدم تمييز العامة، ذكره القهستاني **(وكذا كذا)** درهماً لم يصدق في أقل من **(أحد عشر وإن ثلث)** لفظ كذا بلا واو **(فكذلك)** ويحمل على التكرار لعدم النظير **(وكذا وكذا أحد وعشرون)** لأنَّها نظيره بالواو **(وإن ثلث بالواو زيد مائة وإن ربع زيد ألف)** وإن خمس زيد عشرة آلاف، ولو سدس زيد مائة ألف، ولو سبع زيد ألف ألف، وهكذا يعتبر نظيره أبداً **(وكذا)** أي كأمر في الحكم **(كل مكيل أو موزون و)** في إقراره **(بشرك)** أو شركة **(في عبد)** معين **(فهو نصف)** العبد **(عند أبي يوسف)** وبعبد فقيمة الوسط **(وعند محمد يؤمر بالبيان)** في الصورتين **(وقوله)** له **(على)** أوله **(قبلي)** أي عندي **(إقرار بدين)** له عليه، وقيل بأمانة،

به هو وديعة صدق وإنْ فصل لا وعندي أو معي أو في بيتي أو في صندوقي أو كيسي إقرار بأمانة ولو قال لمن ادعى عليه ألفاً اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها، أو قد قضيتكها أو أبرأتني منها أو وهبتها لي أو تصدقت بها علي، أو أحلتك بها فقد أقرَّ وبلا ضمير لا،

قال له علي، أوقال له: قبلي فهو إقرار بدين لأنَّ علي للوجوب، ولفظ قبلي يستعمل في الضمان كما مر في الكفالة، وفي القدوري أنَّه أمانة، والأول أصح كما في الهداية وغيرها **(فإنْ وصل به)** أي قال المقر بلا تراخ **(هو وديعة صدق)** لأنَّ اللفظ يحتمله مجازاً حيث يكون المضمون حفظه، والمال محله فيكون من قبيل ذكر المحل، وإرادة الحال مجازاً فيصدق موصولاً كما في الهداية وغيرها، وفي المنح، ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف إليه عند الإطلاق، ويجوز تفسيره به متصلاً لأنَّه يحتمله مجازاً **(وإنْ فصل لا)** يصدق كالاستثناء والتخصيص **(و)** لو قال: **(عندي أو)** قال: **(معي أو)** قال: **(في بيتي أو في صندوقي أو كيسي)** فهو **(إقرار بأمانة)** لأنَّ هذه المواضع محل للعين لا للدين إذ الدين محله الذمة، والعين تحتمل أنْ تكون مضمونة، والأمانة أدناهما فيحمل عليها، وهذا لأنَّ كلمة عند للظرف، ومع للقران وما عداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين، ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الأماكن كما في المنح **(ولو قال لمن ادعى عليه ألفاً اتزنها)** أمر معناه خذ بالوزن الواجب لك علي وإنما أنت الضمير مع أنَّ الألف من العدد اعتباراً للدراهم **(أو انتقدها أو أجلني بها، أو قد قضيتكها أو أبرأتني منها أو وهبتها لي أو تصدقت بها علي، أو أحلتك بها فقد أقرَّ)** الألف لأنَّ الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كأنَّه أعاد المدعي فيكون إقراراً بها إلاَّ إذا تصادقا أنَّه على سبيل الاستهزاء، أو شهد الشهود بذلك.

أما إذا ادعى أنَّه قال مستهزئاً لم تقبل منه **(وبلا ضمير لا)** أي لا يكون إقراراً بها كما إذا قال: اتزن أو انتقد لأنَّه لا دليل حينئذ على انصرافه إلى المذكور، فيكون كلاماً مبتدأ، فلا يلزمه شيء والأصل فيه أنَّ الجواب ينتظم بإعادة الخطاب ليفيد الكلام، فكل ما يصلح جواباً ولا

. . . .

والأول أصح لأنَّ علي للإيجاب وقبلي للضمان غالب.

وكذا في ذمتي ورقبتي ودين وواجب وحق **(فإنْ وصل به)** أي بقوله له علي أو قبلي درهم قوله **(هو ودعية)** بلا تراخ **(صدق)** لترجحه **(وإن فصل لا)** لرجوعه وإنْ وصل العارية كان قرضاً كما في النهاية **(و)** قوله **(عندي أو معي في بيتي أو في صندوقي أو كيسي إقرار بأمانة)** لأنَّها بالعين أولى من الدين **(ولو قال لمن ادعى عليه ألفاً)** من الدراهم مثلاً **(اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها أو أبرأتني منها أو وهبتها لي أو تصدقت بها علي أو أحلتك بها)** على زيد ونحو ذلك **(فقد أقر)** له بها لرجوع الضمير إليها في كل ذلك. ذكره عزمي زاده فكانَّ جواباً إلاَّ إذا تصادقا أنَّه سخرية أو برهن بذلك **(وبلا ضمير)** مثل اتزن إلى آخره **(لا)** يكون إقراراً لعدم انصرافه للمذكور. **(قلت)**: وهذا لو الجواب

ولو أقرَّ بدين مؤجل وقال المقر له هو حال لزمه حالاً وحلف المقر له على الأجل ولو قال على مائة درهم فالكل دراهم وكذا كل ما يكال أو يوزن ولو قال مائة وثوب أو مائة وثوبان لزمه تفسير المائة وإنْ قال مائة وثلاثة أثياب فالكل ثياب ولو أقرَّ بتمر في قوصرة

يصلح ابتداء يجعل جواباً، وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما فإنَّه يجعل ابتداء فإنْ ذكر هاء الكناية يصلح جواباً لا ابتداء، وإذا لم يذكر الهاء لا يصلح جواباً أو يصلح جواباً أو ابتداء، فلا يكون إقراراً بالشك، وفي المحيط ولو قال: لي عليك ألف فقال: نعم يكون إقراراً، ولو أومأ برأسه لا لأنَّ الإشارة لا تقوم مقام الكلام من غير الأخرى، ولو قال رجل لآخر: أعطني ثوب عبدي هذا فقال: نعم كان إقراراً منه بالعبد والثوب له، ولو قال أعطني سرج دابتي هذه أو لجامها أو افتح باب داري، أو جصصها فقال: نعم كان ذلك إقراراً، لأنَّ كلمة نعم لا تستقل، فلا بد من حملها على الجواب كيلا يصير لغواً، وفي المنح رجل قال لغيره أقرضتك مائة درهم فقال: لا أعود بها أو قال: لا أعود بعد ذلك، فهو إقرار ولو قال: ما استقرضت من أحد سواك، أو قال: من أحد غيرك أو قال: ما استقرضت من أحدٍ قبلك، أو قال: ما استقرضت من أحد بعدك، لم يكن إقراراً قال: أليس لي عليك ألف درهم فقال المخاطب في وابه: بلى، فهو إقرار له بالألف، وإن قال: نعم لا يكون إقراراً، وتمامه فيه فليراجع (**ولو أقرَّ بدين مؤجل وقال المقر له هو حال لزمه**) أي المقر حال كونه الدين (**حالاً**) لأنَّه أقرَّ بحق على نفسه وادعى لنفسه حقاً فيه فيصدق في الإقرار بلا حجة دون الدعوى، كما لو أقرَّ بعبد في يده أنَّه لفلان استأجره منه فصدقه المقر له في الملك لا الإجازة (**وحلف المقر له على الأجل**) لكونه منكراً، وعند الشافعي في قول واحـد لزمه مؤجلاً مع يمينه، وفي التنوير بخلاف ما لو أقرَّ بالدراهم السود فكذبه في صفتها، حيث يلزمه أي المقر ما أقرَّ به فقط كإقرار الكفيل بدين مؤجل (**ولو قال**) له (**علي مائة ودرهم فالكل دراهم**) فيلزمه مائة درهم ودرهم استحساناً عندنا لوقوع درهم تفسيراً للمائة المبهمة، والقياس أنْ يرجع في تفسير المائة إليه وهو قول الشافعي (**وكذا كل ما يكال أو يوزن**) يعني لو قال له: علي مائة وقفيز حنطة يلزمه مائة قفيز حنطة، وقفيز حنطة (**ولو قال**) له علي (**مائة وثوب أو**) قال له علي (**مائة وثوبان لزمه تفسير المائة**) فيلزمه ثوب واحد في

. . . .

مستقلاً فلو غير مستقل كقوله: نعم كان إقراراً مطلقاً كما حررته في شرح التنوير، وفيه أيضاً قال: أليس لي عليك ألف درهم؟ فقال: بلى فهو إقرار له بها وإن قال: نعم لا (**ولو أقر بدين مؤجل وقال المقر له: هو حال لزمه حالاً و**) لكن (**حلف المقر له على**) عدم (**الأجل**) لأنَّه منكر. وعند الشافعي مؤجلاً بيمينه (**ولو قال علي مائة ودرهم فالكل دراهم وكذا**) في الحكم (**كل ما يكال أو يوزن**) كمائة وصاع تمر أو رطل سمن لوقوعه بياناً استحساناً فيما يكثر استعماله، مما يثبت في الذمة بخلاف نحو الحيوان والثياب، فلو تصلح ثمناً أصلاً كما أفاده بقوله: (**ولو قال: مائة وثوب**) أو وشاة (**أو مائة وثوبان لزمه تفسير المائة**) لأنَّها مبهمة (**وإن قال: مائة وثلاثة أثواب**)، فالكل ثياب خلافاً للشافعي، قلنا: الأثواب

لزماه أو بخاتم لزمه الحلقة والفص أو بسيف فالنصل والجفن والحمائل أو بحجلة فالكسوة والبعيدان وإنْ بدابة في اصطبل لزمه الدابة فقط وبثوب في منديل لزماه وكذا بثوب في ثوب وإنْ بثوب في عشرة أثواب لزمه ثوب واحد عند أبي يوسف وأحد عشر

الأولى وثوبان في الثانية بالاتفاق لأنَّها مبهمة، والثوب عطف عليها لا تفسير لها لأنَّ المعطوف لم يوضع لتفسير المعطوف عليه، ولم يكن من قبيل الاكتفاء كما في مائة ودرهم **(وإنْ قال)** له علي **(مائة وثلاثة أثياب فالكل ثياب)** فيلزمه أثواب في الكل لا به ذكر عددين مبهمين، وذكر عقيبهما مميزاً بلا واو فينصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير كعددٍ واحدٍ بالاقتران **(ولو أقرَّ بتمر في قوصرة)** وهي وعاء من خوص وغيره، ويقال: وعاء للتمر منسوج من قصب وفي الجوهرة القوصرة بتشديد الراء وتخفيفها وعاء التمر يتخذ من قصب، وإنما سمي قوصرة ما دام فيها التمر وإلاَّ فهي زنبيل **(لزماه)** أي التمر والقوصرة معاً لأنَّ غصب الشيء المتعدد لا يتحقق بدون الظرف، وكذا الطعام في السفينة، والجوالق بخلاف ما إذا قال: غصبت من قوصرة أو من سفينة أو من جوالق لأنَّ كلمة من للانتزاع فيكون قراراً بغصب المنزوع **(أو)** أقرَّ **(بخاتم لزمه الحلقة والفص)** لإطلاق الاسم على جميع الأجزاء، ولهذا يدخل الفص في بيعه من غير تسمية **(أو)** أقرَّ **(بسيف فالنصل)** أي لزمه حديده **(والجفن)** أي غلافه **(والحمائل)** وهي علاقة السيف لأنَّ اسم السيف يطلق على الكل **(أو)** أقرَّ **(بحجلة)** بفتحتين **(فالكسوة)** أي لزمه الكسوة **(والبعيدان)** لإطلاق الاسم على الكل عرفاً لأنَّه بيت مزين بالأسرة والثياب، والستور، وقيل: بيت يتخذ من خشب وثياب اسمه خركاء وأوتاق **(وإنْ)** أقرَّ **(بداية في اصطبل لزمه الدابة فقط)** عند الشيخين لأنَّ غصب الإصطبل لا يتحقق لعدم إمكان النقل لكونه محلاً للغير، فلا يكون تابعاً لها، وعلى قياس قول محمد يضمنهما لأنَّ غصب غير المنقول يتحقق عنده، وعلى هذا الطعام في البيت **(و)** إن أقرَّ **(بثوب في منديل لزماه)** لأنَّ المنديل ظرف للثوب **(وكذا)** إن أقرَّ **(بثوب في ثوب)** لزم الظرف كالمظروف لأنَّ الإقرار بالمظروف لا يتحقق بدون ظرفه **(وإنْ)** أقرَّ **(بثوب في عشرة أثواب لزمه ثوب واحد عند أبي يوسف)** وهو قول الإمام أولاً لأنَّ كلمة في تستعمل في البين والوسط، قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عباديِ﴾ [الفجر: ٢٩]، بمعنى بين

. . . .

لم تذكر بحرف العطف فانصرف التفسير إليهما لاستوائهما في الحاجة إليه **(ولو أقر بتمر في قوصرة لزماه)** بخلاف من قوصرة **(أو بخاتم لزمه الحلقة والفص أو بسيف فالنصل والجفن والحمايل)** لأنَّ الاسم يشمل الكل **(أو بحجلة)** بحاء فجيم بيت مزين بستور وسرر **(فالكسوة والعيدان)** لما ذكرنا **(وإنْ)** أقرَّ له **(بداية في اصطبل)** أو طعام في بيت **(لزمه الدابة)** والطعام **(فقط)** لأنَّ العقار غير مضمون بالغصب خلافاً لمحمد **(وبثوب في منديل لزماه وكذا بثوب في ثوب)** لزماه أيضاً، والأصل أنه إن صلح ظرفاً وأمكن نقله لزمه وإنْ لم يصلح لزم الأول فقط كدرهم في درهم كما بسطه في الدرر وغيرها. **(قلت)**: لكن مفاده أنَّ بداية في خيمة لزماه وبثوب في درهم يلزمه الثوب ولم أره فليراجع **(و)** اختلف في إقراره

عند محمد ولو قال علي خمسة في خمسة لزمه خمسة وإنْ نوى الضرب وبنية مع لزمه عشرة وفي قوله علي من درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة يلزمه تسعة وعندهما عشرة وإن قال له من داري ما بين هذا الجدار إلى هذا الجدار فله ما بينهما فقط وصح

عبادي فوقع الشك فلم نثبت الظرفية، ولأنَّ العشرة لا تكون ظرفاً لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة فيحمل على بيان محله كما لو قال: غصبت سرجاً على فرس فإنَّه إقرار بغصب سرج فيكون ذكر الفرس بياناً للمحل (و) لزمه **(أحد عشر عند محمد)** لأنَّه قد يجوز أنْ يلف الثوب النفيس في عشرة أثواب، فصار كقوله: حنطة في جوالق وفي التبيين ما قاله محمد منقوض، بما إذا قال: غصبت كرباساً في عشرة أثواب حرير، يلزمه الكل عنده مع أنَّه ممتنع عرفاً **(ولو قال)** له **(علي خمسة في خمسة لزمه خمسة وإنْ)** وصلية **(نوى الضرب)** المصطلح عليه عند الحساب لأنَّ المقر به خمسة مضروبة، والخمسة إذا ضربت بخمسة تكثر أجزاؤها لأنَّ عينها تكثر، وتبلغ خمسة وعشرين، وقال زفر: يلزمه عشرة، وقال الحسن: يلزمه خمسة وعشرون كما في الإصلاح **(وبنية مع لزمه عشرة)** أي لو قال: أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة بالاتفاق، إذ اللفظ يحتمله **(وفي قوله علي من درهم إلى عشرة أو مابين درهم إلى عشرة يلزمه تسعة)** فيهما عند الإمام لأنَّ الغاية لا تدخل تحت المغيا لكن الأولى تدخل هنا بالضرورة لأنَّ الدرهم للثاني والثالث لا يتحقق بدون الأولى **(وعندهما)** والأئمة الثلاثة يلزمه **(عشرة)** لأنَّ الغاية لا بد أنْ تكون موجودة إذ المعدوم لا يصلح أنْ يكون حداً للموجود، فوجوده بوجوبه فتدخل الغايتان، وعند زفر يلزمه ثمانية، وهو اعتبر الحدين الخارجين وهو القياس، لأنَّ بعض الغايات يدخل، وبعضها لا، فلا يدخل بالشك **(وإن قال له من داري ما بين هذا الجدار إلى هذا الجدار فله ما بينهما فقط)** بالإجماع لوجوده بلا انضمام بخلاف قوله: على ما بين الواحد إلى

. . . .

(بثوب في عشرة أثواب) حيث **(لزمه ثوب واحد عند أبي يوسف واحد عشر)** ثوباً **(عند محمد)** لأنَّ النفيس قد يلف في عشرة، قلنا: الثوب لا يصان في عشرة عادة بل لا تكون وعاء إذ الوعاء غير الموعى، فإذا ألف فكل موعى في ما وراءه فالوعاء هو الظاهر لا غير، فلم يتحقق كونها وعاء لواحد كما في البرهان، قال: وهو قول الإمام. **(قلت)**: وبه جزم في التنوير وقدمه المصنف واعتمده صاحب الدرر وغيره، فكان هو المعتمد ويمكن جعله لرد المفاد مستنداً فتأمل **(ولو قال)** له **(على خمسة في خمسة لزمه خمسة وإنْ نوى الضرب)** خلافاً لزفر **(وبنية مع يلزمه عشرة)** كما مر في الطلاق **(وفي قوله علي من درهم إلى عشرة يلزمه تسعة)** عنده لإسقاط الغاية غير أنَّ العدد بغير مبدأ لا يوجد فيدخل ضرورة، وعند زفر ثمانية بإسقاطهما **(وعندهما عشرة بإدخالهما وأوسطها عدلها وإنْ قال له: من داري ما بين هذا الجدار إلى هذا الجدار فله ما بينهما فقط)**، اتفاقاً إذ لا ضرورة هنا للدخول على أنَّ الغاية لا تدخل في المحسوسات وفي له كر حنطة إلى كر شعير لزماه جميعاً إلاَّ قفيزاً لأنَّه الغاية الثانية، وفي له

الإقرار بالحمل وحمل على الوصية من غيره وللحمل إنْ بيَّن سبباً صالحاً كإرث أو وصية فإنْ ولدت حياً لأقل من نصف حول مذ أقرَّ فله ما أقر به وإنْ حيين فلهما وإنْ ميتاً فللموصي والمورث وإنْ فسَّر ببيع أو إقراض أو أبهم الإقرار يكون لغواً وإنْ أقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط .

العشرة إذ ليس للبين وجود مستقل لتوقفه على الواحد، فظهر الفرق بينهما **(وصح الإقرار بالحمل)** المحتمل وجوده وقت الإقرار بأن أقرَّ بحمل جارية أو شاة لرجل يصح إقراره بالاتفاق بلا بيان سببه **(وحمل على الوصية من غيره)** بيانه أنْ يوصي زيد حمل جاريته أو شاته لبكر، ومات وأقرَّ وارثه بأنَّ هذا الحمل لبكر **(و)** صح الإقرار **(للحمل إنْ بين)** المقر **(سبباً صالحاً)** يتصور للحمل **(كإرث)** بأن قال: إنَّ مورث الحمل مات مورثه الحمل واستهلكت من مال المورث ألفاً مثلاً **(أو وصية)** بأن قال: إنَّ مورثي أوصى في حياته بحمل فلانة ألفاً مثلاً لأنَّه بين سبباً صالحاً في الصورتين، وهو الإرث والوصية **(فإنْ ولدت)** الحامل ولداً **(حياً لأقل من نصف حول مذ أقرَّ فله)** أي للحمل **(ما أقرَّ به)** المقر لأنَّه كان موجوداً وقت الإقرار بيقين **(وإنْ)** ولدت ولدين **(حيين فلهما)** أي فالمال بينهما على السوية إنْ كانا ذكرين أو انثيين، وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى فكذلك في الوصية، وفي الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين، وفي القهستاني وفيه إشارة إلى أنَّ الأم لو كانت معتدة، فولدت لأقل من سنتين من موت أحدهما استحقق لولد ما أقرَّ لأنَّه كان في البطن وإلى أنَّه لو لم تكن معتدة بل ذات زوج فولدت لأكثر من ستة أشهر لم يستحقق **(وإنْ)** ولدت ولداً **(ميتاً فللموصي والمورث)** أي يرد المال إلى ورثة الموصي والمورث لأنَّ هذا الإقرار في الحقيقة لهما وإنما ينتقل إلى الجنين بعد ولادته، ولم ينتقل فيكون لورثتهما **(وإن فسر ببيع أو إقراض)** أي إنْ فسر المقر الإقرار بسبب غير صالح، بأنْ قال: إنه باع متى هذه الدار بكذا أو أقرضني أو وهب مني كذا لا يلزمه شيء إذ لا تتصور شيء منه من الجنين **(أو أبهم)** المقر **(الإقرار)** بلا بيان سبب أصلاً بأن قال علي لحمل فلانة كذا **(يكون لغواً)** أي يكون إقراره لغواً فلا يلزمه شيء أيضاً عند أبي يوسف، لأنَّ وجوه فساده أكثر

. . . .

عشرة دراهم إلى عشرة دنانير تلزمه الدراهم وتسعة دنانير، وقالا: عشرة كما في التنوير **(وصح الإقرار بالحمل)** المحتمل وجوده وقته ولو غير آدمي، ويقدر بأقل المدة، وذلك أربعة أشهر للشاة ولبقية الدواب نصف حول كما في الجوهرة **(وحمل على الوصية من غيره و)** كذا **(للحمل)** أيضاً لكن لا مطلقاً بل **(أنَّ بين)** المقر **(سبباً)** للملك **(صالحاً)** لتصحيح الإقرار له **(كإرث أو وصية)** كقوله: مات أبوه فورثته أو أوصى له به فلان فاستهلكتهما، وإلاَّ لم يجز كما يأتي **(فإنْ ولدت حياً لأقل من نصف حول مذ أقرَّ فله ما أقرَّ به)** ولم معتدة فلأقل من سنتين كما في النهاية **(وإنْ)** ولدت **(حيين فلهما)** نصفين ولو غلاماً وجارية في الوصية وأثلاثاً في الإرث **(وإنْ)** ولدته **(ميتاً فللموصي والمورث)** أي يرد المال لورثة ذلك الموصي والمورث لعدم أهلية الجنين **(وإنْ فسر)** سبباً غير صالح كتفسيره **(ببيع أو إقراض)** أو هبة **(أو أبهم الإقرار)** ولم يبين سبباً **(لغا)** إقراره وحمل محمد المبهم على السبب الصالح، وبه قالت

. . . .

كالبيع والشراء والإقراض والهبة من وجوه جوازه كالإرث والوصية، مع أنَّ الحمل على الجواز متعذر إذ الجمع بينهما غير متصور، وليس أحدهما بأن يعتبر سبباً أولى من الآخر فتعين الفساد خلافاً لمحمد لأنَّ الإقرار من الحجج فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح، وفي التنوير والإقرار للرضيع صحيح وإنْ بين سبباً غير صالح منه حقيقة كالإقراض **(وإنْ أقرَّ بشرط الخيار)** بأن قال له: علي ألف درهم قرض أو غصب أو عارية قائمة، أو مستهلكة على أني بالخيار ثلاثة أيام **(لزمه المال وبطل الشرط)** لأنَّ الإقرار إخبار، والإخبار لا يقبل الخيار، وزاد صاحب المنح قوله، وإنْ صدق المقر له لا عبرة بتصديقه إلاَّ إنْ أقرَّ بعقد بيع وقع بالخيار له فإنَّه يصح الإقرار، ويثبت الخيار إذا صدقه المقرَّ له، وأقام عليه بينة إلاَّ أنَّ يكذبه المقرّ له، فلا يثبت الخيار، وكان القول قول المقرَّ له كإقرار بدين بسبب كفالة على أنَّه بالخيار في مدة، ولو كانت طويلة فإنَّه يجوز أنْ صدقه المقرّ له، وفي الغرر أشهدا على ألف في مجلس، وآخران في آخر لزم ألفان، الأمر بكتابة الإقرار إقرار أحد الورثة إقرار بالدين، قيل يلزمه كله، وقيل حصته لكن الفتوى في زماننا بالأول، وفي التنوير أقرَّ ثم ادعى المقر أنَّه كاذب، في الإقرار يحلف المقرّ له أنَّه لم يكن كاذباً عند أبي يوسف، وبه يفتي وسيأتي إنْ شاء الله تعالى في مسائل شتى.

وكذا لو ادعى وارث المقر، وإنْ كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم أنا لا نعلم أنَّه كان كاذباً، وفي المنح إذا قال ذو اليد ليس هذا لي، أو ليس ملكي أو لا حق لي فيه أو ليس لي فيه حق أو ما كان لي أو نحو ذلك، ولا منازع له حين ما قال: ثم ادعى ذلك أحد فقال ذو اليد: هو لي صح ذلك منه، والقول قوله، وهذا التناقض لا يمنع، أقرَّ لرجل بعين لا يملكه صح إقراره حتى لو ملكه يوماً من الدهر يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له، طلب الصلح عن الدعوى لا يكون إقراراً، وطلب الصلح عن المدعي يكون إقراراً أبرأني عن الدعوى ليس

. . . .

الثلاثة: وأما الإقرار للرضيع فصحيح مطلقاً اتفاقاً **(وإن أقرَّ بشرط الخيار)** ثلاثة أيام **(لزمه المال)** بلا خيار لأنَّ الإقرار إخبار، فلا يقبل الخيار **(وبطل الشرط)** وإنْ صدقه المقر له في الخيار إلاَّ إذا أقر بعقد وقع بالخيار له، كبيع مثلاً فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن كإقراره بدين بسبب كفالة على أنَّه بالخيار في مدة، ولو طويلة لأنَّها مما يقبل الخيار. **(قلت)**: وفيه أيضاً إيماء الناطق برأسه إقرار في إفتاء، ونحوه لا في مال، ونحوه ويعني هذا إقرار بملك ذي اليد لا أتبيع بخلاف استيداع، ونحوه، ولو من وكيل، ولو أشهد على ألف في مجلس، وآخرين في آخر لزم الألفان، ولو أقرَّ ثم ادعى المقر أو وارثه الكذب في إقراره حلف المقر له على عدم كذبه به يفتي، ولا يلزمه بمجرد إقراره بل بقضاء القاضي عليه بإقراره فليحفظ، الأمر بكتابة الإقرار إقرار، فلو قال للصكاك: اكتب لفلان حط إقراري بألف علي، أو اكتب بيع داري، أو طلاق امرأتي صح كتب أو لم يكتب وحل للصكاك أن يشهد إلاَّ في حد وقود، وتصديقه بعد موتها على نكاح أقرت له به لغو خلافاً لهما كما في البرهان، وسيجيء إن شاء الله.

باب الاستثناء وما في معناه

صح استثناء بعض ما أقرَّ به لو متصلاً ولزمه باقيه وبطل استثناء الكل، وإن أقرَّ بشيئين واستثنى أحدهما أو أحدهما وبعض الآخر بطل استثناؤه خلافاً

بإقراره أبرأني عن هذا المال إقرار، الإقرار بشيء محال باطل، وتمامه فيه فليطالع.

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الإقرار بلا تغير شرع في بيان موجبه مع التغيير، وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيراً للسابق، كالشرط ونحوه، والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفي باعتبار الأجزاء، هذا عندنا وعند الشافعي إخراج بعد الدخول بطريق المعارضة، وهذا مشكل فإنَّ الاستثناء جائز في الطلاق والعتاق، ولو كان إخراجاً لما صح لأنَّهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع كما في التبيين، وشرط في الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه إلاَّ إذا انفصل عنه لضرورة نفس، أو سعال أو أخذ فم فإنَّه لا يقطع الاتصال كما في الطلاق، والنداء بينهما لا يضر كقوله لك على ألف بدرهم يا فلان إلاَّ عشرة بخلاف لك ألف فاشهدوا إلاَّ كذا، ونحوه مما يعد فاصلاً فإنَّ الاستثناء لا يصح معه كما في المنح، وفي إشارة إلى أنَّه لو استثنى منفصلاً عن إقراره لا يصح لأنَّه يؤدي إلى الرجوع عن الإقرار والرجوع عنه غير جائز مطلقاً فيلزمه ما أقرَّ (**صح استثناء بعض ما أقرَّ به لو**) كان الاستثناء (**متصلاً**) بإقراره (**ولزمه باقيه**) لأن الاستثناء مع الجملة أي الصدر عبارة عن الباقي لأنَّ معنى قوله على عشرة إلاَّ درهماً معنى قوله على تسعة سواء استثنى الأقل أو الأكثر، وهو قول للأكثر لورودهما في كلام الله تعالى، وهو المذهب كما في التبيين، وقال الفراء: استثناء الأكثر لا يجوز لأنَّ العرب لم يتكلم بذلك، وهو مذهب زفر، وفي النهاية، ولا فرق بين استثناء الأقل أو الأكثر، وإنْ لم يتكلم به العرب، ولا يمنع صحة إذا كان موافقاً لطريقهم كاستثناء الكسور، ولم يتكلم به العرب، وهو الصحيح، ولا فرق بين أنْ يكون الاستثناء مما لا يقسم، أو مما يقسم حتى إذا قال هذا العبد لفلان إلاَّ ثلثه أو قال: إلاَّ ثلثيه صح (**وبطل استثناء الكل**) وإنْ ذكره

. . . .

باب الاستثناء وما في معناه

في كونه مغيراً كالشرط، ونحوه هو تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفي باعتبار الأجزاء وشرط فيه الاتصال إلاَّ لنحو نفسٍ أو سعال، والنداء بينهما للتنبه ونحوه لا يضر (**صح استثناء بعض ما أقرَّ به**) ولو الأكثر عند الأكثر (**لو متصلاً**) بإقراره (**ولزمه باقيه**) ولو مما لا يقسم كهذا العبد لفلان إلاَّ ثلثه أو ثلثيه صح على المذهب (**وبطل استثناء الكل**) فيلزمه الكل، ولو فيما يقبل الرجوع كوصية لأنَّ استثناء الكل ليس برجوع بل هو استثناء فاسد على الصحيح، كما في الجوهرة،

لهما وإن استثنى بعض أحدهما أو بعض كل منهما صح اتفاقاً ولو استثنى كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً من دراهم صح بالقيمة خلافاً لمحمد ولو استثنى منها شاتاً أو ثوباً

موصولاً فيلزمه كله لأنَّه لا يكون بياناً لكلامه بل يكون رجوعاً عن إقراره وذا غير جائز كما في أكثر المعتبرات، وقال صاحب المنح مقتضى هذا الكلام صحة استثناء الكل من الكل فيما يقبل الرجوع، وليس كذلك، وعن هذا قال في تنويره: والاستثناء المستغرق باطل، ولو فيما يقبل الرجوع كوصية إنْ كان بلفظ الصدر أو مساوية وإنْ بغيرهما كعبيدي أحرار إلاَّ هؤلاء، أو إلاَّ سالماً وغانماً وراشداً، وهم الكل صح الاستثناء وتفصيله ما مر في الطلاق، وفي شرح المجمع أنَّ استثناء الكل من الكل، إنما يبطل إذا كان بعين لفظ المستثنى نمه، وأما إذا كان بغيره فصحيح، كما لو قال: ثلث مالي لزيد إلاَّ ألفاً، وثلث ماله ألف فيصح الاستثناء، ولا يكون لزيد شيء كما مر في الطلاق وفي الجوهرة، واختلفوا في استثناء الكل، فقال: بعضهم هو رجوع لأنَّه يبطل كل الكلام، وقال بعضهم، هو استثناء فاسد، وليس برجوع، وهو الصحيح، انتهى **(وإن أقرَّ بشيئين واستثنى أحدهما أو أحدهما وبعض الآخر بطل استثناؤه)** يعني لو قال له علي كر حنطة، وكر شعير إلاَّ كر حنطة وقفيز شعير فاستثناء كر وقفيز باطل عند الإمام **(خلافاً لهما)** أي قال: يصح استثناء القفيز لأنَّه كلام متصل لأنَّ قوله إلاَّ كر حنطة استثناء صحيح لفظاً إلاَّ أنه غير مفيد، وإذا كان كلاماً متصلاً كان استثناء القفيز متصلاً فيصح، وله أنَّ استثناء الكر باطل إجماعاً فكان لغواً، فكان قاطعاً للكلام الأول فيكون الاستثناء منقطعاً، وإنما صورناها بتقديم الكر لأنَّه لو قدم القفيز بأن قال: إلاَّ قفيز شعير، وكر حنطة يصح استثناء القفيز اتفاقاً لعدم الفاصل كما في شرح المجمع وغيره فعلى هذا إطلاق المصنف ليس بمحله بل يلزم التفصيل تأمن **(وإن استثنى بعض أحدهما)** بأن قال له: علي كر حنطة وكر شعير إلاَّ قفيز حنطة أو إلاَّ قفيز شعير **(أو بعض كل منهما)** بأن قال له: علي كر حنطة أو كر شعير إلاَّ قفيز حنطة، وقفيز شعير **(صح اتفاقاً)** في الصورتين لعدم تحلل القاطع في الأولى، وفي الثانية أنَّ قوله إلاَّ قفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعاً، فصح العطف عليه، فيلزمه كر حنطة، كر شعير إلاَّ قفيز حنطة وقفيز شعير كما في الاختيار **(ولو استثنى كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً من دراهم)** بأنْ قال له: علي مائة درهم إلاَّ قفيز بر أو إلاَّ ديناراً أو إلاَّ مائة جوز **(صح بالقيمة)** استحساناً عند الشيخين، ولزمه مائة درهم إلاَّ قيمة القفيز أو الدينار، أو الجوز لأنَّ الاستثناء

وهذا لو تعين لفظ الصدر أو مساويه وإنْ بغيرهما كعبيدي أحرار إلاَّ هؤلاء أو إلاَّ سالماً وغانماً وراشداً ونسائي إلاَّ هؤلاء، أو إلاَّ زينب وعمرة، وعند وهم الكل صح الاستثناء لأنَّه تصرف لفظي حتى لو طلقها ستاً إلاَّ أربعاً صح ووقع ثنتان، وإنْ لا صحة للست **(وإن أقرَّ بشيئين واستثنى أحدهما أو)** استثنى **(أحدهما وبعض الآخر بطل استثناؤه خلافاً لهما)** والأول أولى **(وإن استثنى بعض أحدهما أو)** استثنى **(بعض كل منهما صح اتفاقاً)** لما قررنا **(ولو استثنى كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً)** كفلوس وجوز **(من دراهم صح)** استحساناً **(بالقيمة)** وإنْ استغرقت جميع ما أقرَّ به لاستغراقه بغير المساوي بخلاف

أو داراً بطل اتفاقاً ومن وصل بإقراره إنْ شاء بطل إقراره وكذا إنْ علقه بمشيئة من لا تعرف مشيئته كالملائكة والجن ولو أقرَّ بدار واستثنى بناءها كانا للمقر له ولو قال بناؤها

إخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى إذ المقدرات جنس واحد معنى، ولو أجناساً صورة لأنَّها تثبت في الذمة ثمناً فكانت جنساً واحداً في حكم الثبوت في الذمة، والقياس أنْ يصح هذا الاستثناء، وهو قول محمد وزفر، وعن هذا قال **(خلافاً لمحمد)** لأنَّ الاستثناء إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلاً تحت الصدر، وهذا لا يتصور في خلاف الجنس **(ولو استثنى منها)** أي من الدراهم **(شاتاً أو ثوباً أو داراً بطل اتفاقاً)**، لأنَّ ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسي، بل لا بد من وصف الثمنية ولو معنى، وقال مالك والشافعي: يجوز في كل واحد من الكيلي والوزني والعددي لتحقق المجانسة من حيث المالية، فيطرح قدر قيمة المستثنى، ولزمه الباقي وفي التنوير، وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجاً نحو له علي ألف درهم إلاَّ مائة، أو خمسين، فيلزمه تسعمائة وخمسون على الأصح، وإذا كان المستثنى مجهولاً يثبت أكثر نحو له على مائة درهم إلاَّ شيئاً أو قليلاً أو بعضاً لزمه أحد وخمسون، وتمام المسألتين في شرحه فليطالع **(ومن وصل بإقراره إنْ شاء الله بطل إقراره)** لأنَّ التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال عند محمد فبطل قبل انعقاده للحكم، وتعليق لا يوقف عليه عند أبي يوسف فكان إعداماً من الأصل كما في الدرر وغيره، لكن في العناية خلافه لأنَّه قال: ومن قال لفلان علي مائة درهم إنْ شاء الله لم يلزمه الإقرار، لأنَّ الاستثناء بمشيئة الله تعالى أما إبطال كما هو مذهب أبي يوسف أو تعليق كما هو مذهب محمد كما قررناه في الطلاق فتلزم المنافاة إلاَّ أنْ يحمل على ختلاف الروايتين **(وكذا إنْ علقه بمشيئة من لا تعرف مشيئته كالملائكة والجن)** أي إنْ شاء الجن أو الملائكة، لأنَّه لا نعرف

. . . .

المساوي نحو له على الألف إلاَّ خمسمائة أو ديناراً إلاَّ مائة درهم **(خلافاً لمحمد)** وزفر **(ولو استثنى منها)** أي من الدراهم **(شاة أو ثوباً أو داراً)** أو نحوها مما لا يصح ثمناً **(بطل)** الاستثناء **(اتفاقاً لعدم اتحادهما جنساً فلم يدخل في المستثنى منه وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجاً نحوله على ألف درهم إلاَّ مائة أو خمسين فيلزمه تسعمائة وخمسون على الأصح وإذا كان المستثنى مجهولاً ثبت الأكثر نحوله على مائة درهم إلا شيئاً أو إلاَّ قليلاً أو إلاَّ بعضاً لزمه أحد وخمسون كما في التنوير، ولو قال له: علي مائة درهم إنْ أكرمني لم يصح لأنَّه رجوع عما أقرَّ به على أنَّه إخبار عن ثبوت الشيء في الماضي والتعليق عما في المستقبل كما في القهستاني عن الكرماني ومن وصل بإقراره إن شاء الله)** أو فلان أو علقه بشرط على خطر لا بكائن نحو إنْ مت فإنَّه تنجيز **(بطل إقراره)** بقي لو ادعى المشيئة هل يصدق لم أره، ومر في الطلاق أنَّ المعتمد لا فكذا هنا لتعلق حق العبد كما في المنح **(وكذا)** يبطل **(إن علقه بمشيئة من لا تعرف مشيئته كالملائكة والجن)** والجدار والحمار **(ولو أقر بدار واستثنى بناءها)** لم يصح و **(كانا للمقر له)** لدخوله تبعاً لا لفظاً بخلاف استثناء البيت من الدار **(ولو**

لي والعرصة له كان كما قال وفص الخاتم ونخل البستان كبنائها وإنْ قال له على ألف من ثمن عبد لم أقبضه فإن عينه قيل للمقر له سلم وتسلم إنْ شئت وإنْ لم يعينه لزمه الألف

مشيئتهم، فلا يقع عليه شيء لأنَّ الأصل براءة الذمم، فلا يثبت بالشك وفي البحر، وكذا بمشيئة فلان، وإن شاء.

وكذا كل إقرار علق بشرط على خطر ولم يتضمن دعوى أجل كان، قال: إن حلفت فلك ما ادعيت به، وإنْ بشرط كائن فتنجيز كعلي ألف درهم إنْ مت لزمه قبل الموت، وإنْ تضمن دعوى الأجل كإذا جاء رأس الشهر فلك علي كذا لزمه للحال، ويستحلف المقرّ له في الأجل **(ولو أقرّ بدار واستثنى بناءها)** بأنْ قال: هذه الدار لزيد والبناء لنفسي **(كانا)** أي الدار والبناء جميعاً **(للمقر له)** لأنَّ البناء داخل في إقرار معنًى لا لفظاً والاستثناء تصرف في اللفظ، فلم يصح بخلاف استثناء البيت من الدار كاستثناء ثلثها لأنَّ أجزاء الدار داخلة تحت الدار، فصح استثناؤه، وعند الأئمة الثلاثة يصح استثناء البناء منها **(ولو قال)** المقر **(بنائها لي والعرضة)** أي البقعة **(له كان)** الحكم أو الإقرار **(كما قال)** بأن يكون البناء له، والعرضة للمقرّ له لأنَّ العرضة عبارة عن البقعة دون البناء، فصار كأنه قال: بياض هذه الأرض دون البناء لفلان بخلاف ما إذا قال: بناء هذه الدار إليَّ وأرضها لفلان حيث يكون له البناء أيضاً لأنَّ الأرض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما إذا قال: بناء هذه الدار لزيد، والأرض لعمرو حيث يكون لكل منهما ما أقرَّ له به **(وفص الخاتم ونخل البستان كبنائها)** وكذا طوق الجارية، لأنَّ دخول الفص في الخاتم بالتبيعة، وكذا دخول النخل في البستان، فلا يصح الاستثناء، بخلاف ما لو قاله الحقة لفلان، والفص لي، والأرض له، والنخل لي يصح **(وإنْ قال له على ألف)** درهم **(من ثمن عبد)** اشتريته منه **(لم أقبضه)** أي العبد الجملة صفة عبد **(فإنْ عينه)** أي المقرّ العبد بأن ذكر عبداً بعينه، وصدقه المقرّ له في شرائه، وعدم قبضه **(قيل للمقر له سلم)** العبد إلى المقر **(وتسلم)** أمر من التفعل أي خذ ثمنه منه **(إنْ شئت)** فإن سلم المقرّ له العبد المعين، بأن يحضره بين يديه يلزم على المقرّ ألف بهذا القيد لأنَّه أقرَّ له بألف على صفة فيلزمه على الصفة التي أقرَّ بها، وإنْ لم يسلم العبد إلى المقرّ لا يلزمه ألف إجماعاً، وهذه المسألة على وجوه، أحدها ما ذكر هنا، والثاني أن يقول المقرّ له القن قنك ما بعته وإنما بعتك قناً غيره، والحكم فيه كالأول، والثالث

.....

قال: **بناؤها لي والعرصة له، كان كما قال)** بخلاف والأرض لفلان إلاَّ إذا قال: بناؤها لزيد والأرض لعمرو، فكما قال (و) استثناء **(فص الخاتم ونخل البستان)** وطوق الجارية **(كبنائها)** فيما مر، حتى لو قال: الأرض له والنخل لي صح **(وإنْ قال)** مكلف **(له علي ألف من ثمن عبد)** اشتريته منه و **(لم أقبضه فإن)** وصل ذلك بإقراره و **(عينه)** أي عين العبد وهو في يد المقر له **(قيل للمقر له سلم)** العبد إليه **(وتسلم)** الألف **(إنْ شئت)** وإلاَّ فلا شيء لك **(وإن لم يعينه)** أي العبد **(لزمه الألف)** مطلقاً وصل أم

ولغا قوله لم أقبضه ولو قال من ثمن خمر أو خنزير لا يصدق وعندهما إن وصل صدق ولو قال من ثمن متاع أو أقرضني وهي زيوف أو نبهرجة لزمه الجياد وقالا يلزمه ما قال إنْ وصل وإن قال من غصب أو وديعة وهي زيوف أو نبهرجة صدق ولو قال ستوقة أو رصاص فإنْ وصل صدق وإلاّ فلا ولو قال: غصبت ثوباً وجاء بمعيب صدق ولو قال

أنْ يقول: القن قني ما بعتكه وحكمه أنْ لا يلزم على المقرّ شيء، والرابع أنْ يقول القن قني ما بعتكه، وأنا بعتك غيره، وحكمه أنْ يتحالفا لأنّهما اختلفا في المبيع، وهو يوجب التحالف، وتمامه في الدرر فليراجع **(وإنْ لم يعينه)** أي المقر العبد، ولم يصدقه المقرّ له في عدم قبضه **(لزمه)** أي المقر **(الألف ولنا قوله لم أقبضه)** عند الإمام لأنّه رجوع بعد الإقرار، فلا يصح لا موصولاً ولا مفعولاً، وبه قالت الأئمة الثلاثة **(ولو قال)** له علي ألف **(من ثمن خمر أو خنزير لا يصدق)** عند الإمام وصل أو فصل، ولزمه الألف **(وعندهما)** والأئمة الثلاثة **(إن وصل صدق)** في المسألتين، ولا يلزمه ألف على ما مر آنفاً، ولو قال له: علي ألف وهو حرام أو ربا فهي لازمة له لاحتمال أنْ يكون هذا حلالاً عند غيره، ولو قال زوراً أو باطلاً إنْ صدقه المقرّ له فلا شيء عليه، وإنْ كذبه لزمه كما في التبيين **(ولو قال)** له علي ألف **(من ثمن متاع أو أقرضني وهي)** أي الألف **(زيوف أو نبهرجة)** أو ستوقة أو رصاص **(لزمه الجياد)** لأنَّ البيع أو القرض يقع على الجياد فلا يجوز التفسير بضدها، هذا عند الإمام لأنّه رجوع عن إقراره وصل أو فصل **(وقالا يلزمه ما قال إنْ وصل)** لما مر من أنّه بيان تغيير فيصدق موصولاً لا مفصولاً، وبه قالت الأئمة الثلاثة: **(وإن قال)** له علي ألف **(من غصب أو وديعة وهي زيوف أو نبهرجة صدق)** اتفاقاً وصل أو فصل فيلزمه ما أقرَّ به، لأنَّ الغصب لا يقتضي السلامة، وكذا الوديعة، لأنَّ الشخص يغصب بما يجده، ويودع بما يملكه، فلا يكون رجوعاً بل بياناً للنوع، فصدق مطلقاً **(ولو قال)** له علي ألف من غصب أو وديعة وهي **(ستوقة أو رصاص فإنْ وصل صدق)** لأنّه بيان تغيير **(وإلاّ فلا)** أي وإنْ فصل لا يصدق لأنهما ليسا من جنس الدراهم، إلاّ أن اسم الدراهم يتناولهما بطريق المجاز فكان بياناً مغيراً، فلا بد من الوصل **(ولو قال: غصبت ثوباً وجاء بمعيب)** أي

. . . .

فصل كما أفاده بقوله: **(ولغا قوله لم أقبضه)** لأنّه رجوع **(ولو)** وصله إلى آخره، وكذا يلغو وإنْ وصل **(لو قال من ثمن خمر أو خنزير)** أو ما قمار أو حر أو ميتة أو دم فيلزمه مطلقاً و **(لا يصدق)** لما ذكرنا إلاّ إذا صدقه أو أقام بينة، وهذا عنده **(وعندهما أنَّ وصل صدق)** والمعتمد الأول ولو قال له: ألف درهم حرام أو ربا فهي لازمة مطلقاً، ولو قال: زوراً أو باطلاً لزمه إنْ كذبه المقر له، وإلاّ لا، والإقرار بالبيع تلجئة على هذا التفصيل كما في التنوير **(ولو قال)** له علي ألف درهم **(من ثمن متاع أو أقرضني)** ألفاً **(وهي زيوف أو نبهرجة)** مثلاً لم يصدق أصلاً و **(لزمه الجياد)** مطلقاً عنده **(وقالا يلزمه ما قال إنْ وصل)** وإلاّ لا **(وإنْ قال من غصب أو وديعة، وهي زيوف أو نبهرجة صدق)** مطلقاً وصل أم فصل إذ الغاصب يغصب ما يجد **(ولو قال ستوقة أو رصاص فإنْ وصل صدق وإلاّ فلا)** لأنّها دراهم مجازاً **(ولو قال**

على ألف إلاَّ أنَّه ينقص مائة صدق، إنْ وصل وإلاَّ لزم الألف ولو قال أخذت منك ألفاً وديعة فهلكت وقال المقر له أخذتها غصباً ضمن، ولو قال بدل أخذت أعطيتني لا يضمن ولو قال غصبت هذا الشيء من زيد لا بل من عمرو فهو لزيد وعليه قيمته لعمرو

بثوب معيب (صدق) المقر مع الحلف إنْ لم يثبت الخصم سلامته لما مرَّ أنَّ الغصب غير مختص بالتسليم كالوديعة (ولو قال) له (**على ألف إلاَّ أنه ينقص مائة صدق، إنْ وصل وإلاَّ لزم الألف**) لما مر أنَّ الاستثناء يجوز متصلاً لا منفصلاً (ولو قال) المقرّ (**أخذت منك ألفاً وديعة فهلكت**) في يدي من غير تعد (**وقال المقرّ له**) بل (**أخذتها**) مني حال كونها (**غصباً ضمن**) المقر ما أقرَّ بأخذه له، لأنَّه أقرَّ بسبب الضمان، وهو الأخذ ثم أنَّه ادعى ما يوجب البراءة، وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف، ما إذا قال له المقرّ له بل أخذتها قرضاً، حيث يكون القول للمقرّ له لأنهما تصادقا على أنَّ الأخذ حصل بإذنه، وهذا لا يوجب الضمان على الأخذ إلاَّ باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد، وذلك ينكر، فالقول قول المنكر (**ولو قال**) المقر (**بدل أخذت أعطيتني لا يضمن**) المقر لأنَّه لم يقر بما يوجب الضمان بل أقرَّ بالإعطاء، وهو فعل المقرّ له، فلا يكون مقراً على نفسه بسبب الضمان، والمقرّ له يدعي عليه سبب الضمان، وهو ينكر فالقول قوله (**ولو قال غصبت هذا الشيء من زيد لا بل من عمرو فهو**) أي الشيء (**لزيد وعليه**) أي المقر (**قيمته لعمرو**) لأنَّ قوله من زيد إقرار له، ثم قوله لا رجوع عنه، فلا يقبل وقوله بل لعمرو إقرار منه لعمرو، وقد استهلكه بالإقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو، ولو قال له على ألف لا بل ألفان، يلزمه ألفان استحساناً وفي القياس يلزمه ثلاثة آلاف، وهو قول زفر ولو قال: غصبته عبداً أسود لا بل أبيض لزمه عبد أبيض، ولو قال غصبته ثوباً هروياً لا بل مروياً لزماه.

وكذا له على كر حنطة لا بل كر شعير لزماه، ولو قال لفلان علي ألف درهم لا بل لفلان لزمه المالان، ولو قال له على ألف لا بل خمسمائة لزمه الألف، والأصل في ذلك أنَّ لا بل متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه.

وكذلك من جنس واحد إذا كان المقرّ له اثنين فإذا كان واحداً والجنس واحد أكثر

. . . .

غصبته) أو أودعني (**ثوباً وجاء بمعيب**) ولا بينة (**صدق**) بيمينه (**ولو قال**) له (**علي ألف**) ولو من ثمن متاع مثلاً (**إلاَّ أنه ينقص مائة صدق إنْ وصل وإلاَّ لزم الألف**) لصحة استثناء القدر دون الوصف، (**ولو قال**) لآخر (**أخذت منك ألفاً وديعة فهلكت**) في يدي بلا تعد (**وقال المقر له**) لا بل (**أخذتها غصباً ضمن**) لإقراره بالأخذ، وهو سبب الضمان (**ولو قالَ بدل أخذت أعطيتني**) وديعة، وقال الآخر: بل غصبته مني (**لا يضمن**) بل القول له لإنكاره الضمان (**ولو قال: غصبت هذا الشيء من زيد لا بل من عمرو فهو لزيد وعليه قيمته لعمرو**) لأنَّه رجوع ولو اتحد المقر له يلزم أميرهما نحوله ألف لا بل ألفان أو

ولو قال هذا كان وديعة عندك فأخذته، وقال الآخر هو لي دفع إليه وإنْ قال آجرت فرسي أو ثوبي هذا فلاناً فركبه أو لبسه ورده علي أو أعرته أو أسكنته داري ثم ردها على صدق، وعندهما القول للمأخوذ منه ولو قال خاط ثوبي هذا بكذا، ثم قبضته منه وادعاه الآخر فعلى هذا الخلاف في الصحيح ولو قال اقتضيت من فلان ألفاً كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتها منه، وأنكر فلان فالقول له ولو قال زرع فلان هذا الزرع أو بنى

المالين، وتمامه في الاختيار فليراجع وفي التنوير، ولو قال الدين الذي لي على فلان لفلان أو الوديعة التي عند فلان هي لفلان فهو إقرار له، وحق القبض للمقر، ولكن لو سلم إلى المقرّ له بريء (**ولو قال**) لآخر (**هذا**) الشيء (**كان**) لي (**وديعة عندك فأخذته، وقال الآخر هو لي دفع إليه**) أي إلى الآخر لأنَّ المقر أقرَّ باليد له، ثم بالأخذ منه، وهو سبب الضمان، ثم ادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه، فوجب عليه رد عينيه قائماً وقيمته هالكاً ثم يقيم البينة على صدق دعواه إنْ قدر (**وإنْ قال آجرت فرسي أو ثوبي فلاناً فركبه**) أي الفرس (**أو لبسه**) أي الثوب (**ورده**) أي رد الفرس أو الثوب (**علي**)، وقال فلان بل هما لي (**أو أعرته أو أسكنته داري ثم ردها**) أي الدار (**على صدق**) يعني القول قول المقر في ذلك عند الإمام استحساناً، لأنَّ اليد في الإجارة، والإعارة تثبت ضرورة استيفاء المنافع فيكون اليد عدماً فيما عدا الضرورة فالإقرار له باليد لا يكون مطلقاً بخلاف الوديعة، والقرض لأنَّ اليد فيهما مقصودة فيكون الإقرار بهما إقراراً لهما باليد (**وعندهما**) وعند الأئمة الثلاثة (**القول**) مع يمينه (**للمأخوذ منه**) وهو القياس لأنَّ المقرّ اعترف بيد المقرّ له، ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل إقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد ثم يقيم على صدق دعواه بينة إنْ قدر (**ولو قال**) لآخر (**خاط ثوبي هذا بكذا، ثم قبضته منه وادعاه الآخر**) أي قال: الثوب ثوبي (**فعلى هذا الخلاف**) أي يصدق القابض عند الإمام لا عندهما (**في الصحيح**) احتراز عن قول بعضهم إنَّ القول قول المقر بالإجماع، وفي الأسرار الاختلاف إذا لم تكن الدابة أو الثياب معروفة للمقر، ولو كانت معروفة كان القول قوله، وفاقاً (**ولو قال**) له (**اقتضيت**) أي قبضت (**من فلان ألفاً كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتها منه، وأنكر فلان فالقول له**) فله أنْ يأخذها منه، وهذا أظهر لأن القابض قد أقرَّ بأنه ملكه، وأنه أخذه منه اقتضاء بحقه، وهو مضمون عليه إذ الديون تقضي بأمثالها، فإذا أقرَّ بالإقتضاء فقد أقرَّ

. . . .

ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه (**ولو قال هذا كان وديعة**) لي (**عندك فأخذته، وقال الآخر: هو لي دفع إليه**) لو قائماً وقيمته لو هالكاً (**وإن قال: آجرت فرسي أو ثوبي هذا فلاناً فركبه أو لبسه ورده علي أو أعرته أو أسكنته**) أي فلاناً (**داري ثم ردها صدق**) بيمينه والبينة لفلان عنده (**وعندهما القول للمأخوذ منه**) وهو القياس، والأول استحساناً (**ولو قال: خاط ثوبي هذا بكذا ثم قبضته منه فادعاه الآخر فعلى هذا الخلاف**) المذكور (**في الصحيح**)، فالقول للمقر عنده خلافاً لهما (**ولو قال اقتضيت من فلان ألفاً كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتها منه وأنكر فلان**) بأنْ قال: ما كان لك علي شيء قط، وإنما

هذه الدار أو غرس هذا الكرم لي استعنت به فيه وادعى فلان ذلك فالقول للمقر.

بسبب الضمان، ثم ادعى عليه ما يبرؤه من الضمان، وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة، والآخر ينكره فالقول للمنكر **(ولو قال زرع فلان هذا الزرع أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم لي استعنت به)** أي بفلان **(فيه)** أي في الزرع أو البناء أو الغرس، وذلك كله في يد المقر **(وادعى فلان ذلك)** أي قال: الملك ملكي، وفعلت ذلك لنفسي لا بالإعانة لك، ولا بأجر منك كما زعمت **(فالقول للمقر)** لأنَّه ما أقرَّ له باليد إنما أقرَّ بمجرد فعل منه، وقد يكون ذلك في ملك في يد المقرّ وصار كما قال: خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم، ولم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد، ويكون القول للمقرّ لما أنَّه أقرَّ بفعل منه، وقد يخيط ثوباً في يد المقر كذا هذا، ولو قال إنَّ هذا اللبن أو هذا السمن أو هذا الجبن من بقرة فلان أو هذا الصوف من غنمه أو هذا التمر من نخلته وادعى فلان أنَّه له أمر بالدفع إليه لأنَّ الإقرار بملك الشيء إقرار بما يتولد منه لأنَّه يملك بملك الأصل كما في التبيين.

. . . .

أخذتها مني غصباً **(فالقول له)** أي لفلان بيمينه **(ولو قال زرع فلان هذا الزرع أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم لي استعنت به فيه وادعى فلان ذلك فالقول للمقر)** واعلم أنَّه إذا أقرَّ بدين له لغيره صح، فلو قال الدين الذي لي على فلان لفلان، أو الوديعة التي عند فلان لفلان فهو إقرار له، وحق القبض للمقر ولكن لو دفعه إلى المقر له بريء، وإنْ تعدد المديون والودائع ولا يصدق المقر لو قال: عنيت بعضها، ولو جحد المودع ضمن للمقر له، إذا تلف ولو قال المودع: دفعتها للمقر بريأ وعليهما اليمين.

وكذا لو قال: دفعتها للمقر له بريأ إذا أقر المقر أنَّه أذن، ولو كان لرجل ألف دين في صك باسمه فقال: ما في هذا لفلان صح، ويكون حق القبض للوكيل.

كذا قاله محمد في الكتاب كما في التتارخانية. (قلت): لكن في حاوي القدسي أنَّ قوله الدين الذي على فلان لفلان إنما يصح إذا سلطه على قبضه أو اسمي. قال في كتاب الدين عارية، وإلاَّ لم يصح، وفي التنوير وشرحيه جميع مالي أو ما أملكه أو داري هذه أو عبدي هذا لفلان فليس بإقرار بل هو هبة، فلا تجوز إلاَّ بالتسليم.

وكذا لو قال له: من مالي أو من دراهمي كذا فهو هبة لا إقرار، ولو عبر بفي كان إقراراً بالشركة، والأصل أنَّه إنْ أضاف المقر به إلى ملكه كان هبة فتراعى شروطها لأنَّ قضية الإضافة ينافي حمله على الإقرار الذي هو إخبار لا إنشاء فيجعل إنشاء، فيكون هبة ولا يرد قوله ما في بيتي لفلان فإنَّه إقرار لأنَّها إضافة نسبة لا ملك، ولا قوله: الأرض التي حدودها كذا لطفل فلان فإنه هبة، وإنْ لم يقبضه لأنَّه في يده إلاَّ أنْ يكون مما يحتمل القسمة للإضافة تقديراً بدليل ما في المنح أقرَّ لآخر بمعين، ولم يضفه لكن من المعلوم لكثير من الناس أنَّه ملكه، فهل يكون إقراراً أو تمليكاً ينبغي الثاني فيراعي فيه شرائط التمليك، فراجعه فإنَّه من المهمات لاضطراب العبارات.

باب إقرار المريض

دين صحته وما لزمه في مرضه بسبب معروف سواء ويقدمان على ما أقرَّ به في مرضه
والكل مقدم على الإرث ولا يصح تخصيصه غريماً بقضاء دينه ولا إقراره لوارثه إلاَّ أن

باب إقرار المريض

أقره في باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح، وأخره لأنَّ المرض بعد الصحة **(دين صحته)** أي المريض **(وما لزمه)** أي المريض **(في مرضه)** أي في مرض الموت **(بسبب معروف)** كبدل ما ملكه بالاستقراض أو بالشراء وعاينهما الشهود أو أهلك مالاً أو تزوج بمهر مثلها وعاينها الناس **(سواء)** لأنَّه لما علم سببه انتفى التهمة في الإقرار به فصار كالدين الثابت بالبينة في مرضه **(ويقدمان)** أي دين الصحة، وما لزمه في مرضه بسبب معروف **(على ما أقر به في مرضه)** ولو كان المقر به وديعة كما في البحر، هذا عندنا وعند الأئمة الثلاثة الدينان سواء لأنَّه إقرار لا تهمة فيه، لأنَّه صادر عن عقل، والذمة قابلة للحقوق في الحالين، ولنا إنْ حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت في أول مرضه لأنَّه عجز عن قضائه عن مال آخر، فالإقرار فيه صادف حق غرماء الصحة فكان محجوراً عنه ومدفوعاً به **(والكل)** أي كل واحد من دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم، ودين المرض الثابت بمجرد الإقرار فالكل إفرادي فإنه أكثر استعمالاً كما في القهستاني **(مقدم على الإرث)** وإنْ أحاط الديون المذكورة جميع ماله، والقياس أنْ لا ينفذ إلاَّ من الثلث لكن ترك بالأثر، وهو قول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما إذا أقرَّ المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته، والأثر في مثله كالخبر لأنَّه من المقدرات فلا يترك بالقياس فصار المقرّ له أولى من الورثة، ولأنَّ حق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن حاجته وقضاء دينه من حوائجه الأصلية كتكفينه **(ولا يصح تخصيصه)** أي المريض **(غريماً)** من الغرماء **(بقضاء دينه)** أي ليس للمريض أنْ يقضي دين بعض الغرماء دون بعض، ولو إعطاء مهر وإيفاء أجرة لأنَّ فيه إبطال حق الباقين إلاَّ إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه، وقد علم ذلك بالبينة بخلاف ما إذا لم يؤد حتى مات فإنَّ البائع أسوة للغرماء إذا لم تكن العين في يده وإذا أقرَّ بدين ثم بدين تحاصا، وصل أو فصل، ولو أقرَّ بدين، ثم بوديعة تحاصا وعلى القلب الوديعة أولى، وإقراره ببيع عبده في صحته، وقبض

. . . .

باب إقرار المريض

يعني مرض الموت **(دين صحته)** مطلقاً **(وما لزمه في مرضه بسبب)** في مرضه **(معروف)** ببينة أو بمعاينة قاضٍ **(سواء)** في الحكم **(ويقدمان على ما أقرَّ به في مرضه)** ولم يعلم سببه وسوى الشافعي بينها **(والكل)** من الديون الثلاثة **(مقدم على الإرث)** كتجهيزه **(ولاي صح تخصيصه)** أي المريض **(غريماً بقضاء دينه)** مفاده أنَّ تخصيصاً صحيح صحيح كما في حجر النهاية **(ولا إقراره)** ولو غير مديون بدين أو

يصدقه بقية الورثة وإنْ أقرَّ لأجنبيّ صح ولو أحاط بماله وإنْ أقرَّ لأجنبي ثم أقرَّ أنه ابنه

الثمن مع دعوى المشتري ذلك صحيح في البيع دون قبض الثمن إلاَّ بقدر الثلث بخلاف إقراره بأنَّ هذا العبد لفلان، فإنَّه كالدين، ولو أقرَّ بقبض دينه إنْ كان دين الصحة يصح مطلقاً سواء كان عليه دين الصحة أو لا، وإنْ كان دين المرض إنْ كان عليه دين الصحة لا يصح، وإلاَّ نفذ من الثلث إلاَّ في إقراره باستيفاء بدل الكتابة فنافذ كما في البحر وإبراؤه مديونه، وهو مديون غير جائز إن كان أجنبياً وإنْ كان وارثاً، فلا يجوز مطلقاً وقوله لم يكن لي على هذا المطلوب شيء صحيح قضاء لا ديانة كما في التنوير، وفي المنح قالت فيه: ليس لي على زوجي مهر، أو قال فيه: لم يكن لي على فلان شيء ليس لورثته أن يدعوا عليه شيئاً في القضاء، وفي الديانة، لا يجوز هذا الإقرار، ولو أقرَّ الابن فيه أنَّه ليس له على والده شيء من تركة أمه صح بخلاف ما لو أبرأه أو وهبه.

وكذا لو أقرَّ بقبض ماله منه، وتمامه فيه فليطالع (ولا) يصح (إقراره) أي المريض بدين أو عين (لوارثه) عنده، وعند الشافعي في القول الأصح يصح لأنَّه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه، فصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث، ولنا قوله عليه السلام: «لا وصية للوارث، ولا إقرار له بالدين لأنَّه ضرر لبقية الورثة»[1] (إلاَّ أنْ يصدقه) أي المريض (بقية الورثة) لأنَّ عدم الصحة كان لحقهم فإذا صدقوه فقد أقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم، وكذا لو كان له دين على وارثه فأقرَّ بقبضه لا يصح إلاَّ أنْ يصدقه البقية، وكذا لو رجع فيما وهبه منه في مرضه أو قبض ما غصبه منه، ورهنه عنده أو استرد المبيع في البيع الفاسد.

وكذا لا يجوز ذلك لعبد وارثه، ولا مكاتبه لأنَّه يقع لمولاه ملكاً أو حقاً ولو صدرت هذه

....

عين، لو بقبض دينه (لوارثه) ولو مع أجنبي كما يأتي للتهمة خلافاً للشافعي. (قلت): والحيلة في صحته تصديره بالنفي نحو: لا حق لي قبل أبي أو أمي أو فلان، أو هذا الشيء الفلاني ملك أبي أو أمي لا حق لي فيه، أو كان عندي عارية فيصح كإقراره بالأمانات كقوله: كان لهذا الوارث عندي وديعة فاستهلكتها، ولا تسمع فيه الدعوى وهذا حيث لا قرينة، ففي الأشباه الإقرار للوارث موقوف إلاَّ في هذه الثلاثة (إلاَّ أنْ يصدقه) متعلق بالمسألتين على ما ذكره صدر الشريعة وغيره، لكنه يشكل بما ذكره في توضيحه أنَّ الاستثناء إذا تعقب الجمل المعطوفة ينصرف للكل عند الشافعي، وللأخير عندنا وهو المذهب عند محققي البصرية كما في الرضى (بقية الورثة) أي بعد موته ولا عبرة لإجازتهم قبله كما في خزانة المفتيين وإنْ أشار صاحب الهداية لضده وأجاب به ابنه نظام الدين، وحافده عماد الدين، ذكره

---

(١) أخرجه البخاري (وصايا، ٦)، وأبو داود (وصايا، ٦)، (بيوع، ٨٨)، والترمذي (وصايا، ٥)، والنسائي (وصايا، ٥)، وابن ماجه (وصايا، ٦)، والدارمي (وصايا، ٢٨)، وأحمد بن حنبل (٤، ١٨٦، ١٨٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٦٧)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/ ١٨٧.

ثبت نسبه وبطل إقراره وإنْ أقرَّ لأجنبية ثم تزوجها لا يبطل إقراء ولو أوصى لها ثم تزوجها بطلت ولو وهبها ثم تزوجها فلا رجوع وإن أقرَّ بغلام مجهول النسب يولد مثله

الأشياء منه للوارث، وهو مريض ثم بريء، ثم مات جاز ذلك كله لأنَّه لم يكن مرض الموت، فلم يتعلق به حق الورثة كما في الاختيار، وفي التنوير أقرَّ فيه لوارثه يؤمر في الحال بتسليمه إلى الوارث فإذا مات يرده وفي القنية تصرفات المريض نافذة، وإنما تنقص بعد الموت (**وإنْ أقرَّ**) المريض (**لأجنبي صح**) لعدم التهمة (**ولو**) وصلية (**أحاط**) إقراره أي استغرق (**بماله**) لما بينا (**وإنْ أقرَّ**) المريض (**لأجنبي ثم أقر أنه ابنه ثبت نسبه**) لأنَّ النسب من الحوائج الأصلية، ولا تهمة فيه (**وبطل إقراره**) لأنَّ دعوة النسب تستند إلى زمان العلوق، فيظهر أنَّ البنوت ثابتة زمان الإقرار فبطل إلاَّ عند الشافعي في الأصح ومالك لا يبطل إذا لم يتهم (**وإنْ أقرَّ**) المريض (**لأجنبية**) أي لامرأة أجنبية (**ثم تزوجها لا يبطل إقراره**) لها، وقال زفر: يبطل لأنَّها وارثة عند الموت فتحصل التهمة، ولنا أنَّه أقر، وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده، ولهذا قال في البحر وغيره، والعبرة لكونه وارثاً وقت الموت لا وقت الإقرار إلاَّ إذا صار وارثاً بسبب جديد كالتزويج بعد عقد الموالاة، وفي التنوير بخلاف إقراره لأخيه المحجوب إذا زال حجبه، وصار غير محجوب، فإنَّه يبطل، أقرَّ فيه أنَّه كان له على ابنته الميتة عشرة قد استوفيتها، وللمقر أن ينكر ذلك صح إقراره كما لو أقرَّ لامرأته في مرض موته بدين، ثم ماتت قبله، وترك وارثاً وقيل لا يصح (**ولو أوصى لها**) أي لأجنبية شيئاً (**ثم تزوجها بطلت**) الوصية

. . . .

القهستاني فلو لم يكن وارث آخر وأوصى لزوجته، وهي له صحت الوصية، وأما غيرهما فيرث لكل فرضاً ورداً فلا يحتاج لوصيته كما في الشرنبلالية، وفي شرحه للوهبانية أقرَّ توقف، ولا وارث له فلو على جهة عامة صح تصديق السلطان أو نائبه.

وكذا لو وقف خلافاً لما زعمه الطرسوسي انتهى، فليحفظ. وفي القهستاني عن الجواهر لو حكم حاكم بصحة الإقرار للوارث لم يحكم ببطلانه، ولم يصر ميراثاً، وفي الاختيار، لو فعله ثم برأ ثم مات جاز لعدم مرض الموت (**وإن أقرَّ**) أي بالدين (**لأجنبي**) أي لغير وارثه وقت موته لا وقت إقراره إلاَّ إذا صار وارثاً بسبب جديد كما يأتي (**صح**) ما لم يضمه لوارثه كما مر وجوزه محمد بقدر نصيبه، ذكره القهستاني (**ولو أحاط**) ما أقر به (**بماله**) كله بأثر عمر رضي الله تعالى عنه، ومثل الدين العين إلاَّ إذا علم تملكه لها في مرضه فيتقيد بالثلث كما في معين المفتي (و) اعلم أنَّ العبرة لكونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت إلاَّ إذا صار وارثاً بسبب جديد فلو أقرَّ لأخيه مثلاً ثم ولد له صح الإقرار لعدم إرثه (**وإنْ أقرَّ لأجنبي**) مجهول (**ثم أقرَّ أنَّه ابنه**) وصدقه (**ثبت نسبه**) مستند الوقت العلوق (و) إذا ثبت (**بطل إقراره**) فلو لم يثبت بأنْ كذبه أو عرف نسبه صح الإقرار لعدم ثبوت النسب كما في الشرنبلالية عن الينابيع (**وإن أقرَّ لأجنبية**) نفذ ولزم (**ثم إذا تزوجها لا يبطل إقراره**) بتزوجها خلافاً لزفر، والفرق أنَّه سبب جديد لا قديم بخلاف النسب (و) بخلاف ما (**لو أوصى لها**) أو وهبها (**ثم تزوجها**) حيث (**بطلت**) الوصية.

لمثله إنَّه ابنه وصدقه الغلام يثبت نسبه منه ولو مريضاً وشارك الورثة وصح إقرار الرجل

لأنها تمليك مضافاً إلى ما بعد الموت، وهي وارثة في هذا الوقت فتبطل (**ولو وهبها**) أي لأجنبية شيئاً (**ثم تزوجها فلا رجوع**) هذا مخالف لعامة المتون والشروح، قالوا: في هذا المحل أنَّ الهبة المذكورة باطلة كالوصية لأنَّ الهبة في المرض وصية.

فعلى هذا لو قال: ولو أوصى لها أو وهبها ثم تزوجها بطلت لكان أخصر وأولى، والعجب من المصنف قد نطق بالحق في كتاب الوصايا حيث قال: وتبطل هبة المريض ووصيته لأجنبية نكحها بعدها، وغفل ههنا إلاَّ أنْ يقال أنَّه يمكن الجواب عن طرف المصنف بأنَّ المراد بقوله: فلا رجوع لبطلانه إذا كانت الهبة باطلة لا يجري عليها الرجوع، فذكر عدم الرجوع وأراد البطلان وفي التنوير، ولو أقرَّ لمن طلقها ثلاثاً فيه أي في المرض فلها الأقل من الإرث والدين هذا، إذا طلقها بسؤالها وإنْ طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاً ما بلغ، ولا يصح الإقرار لها (**وإنْ أقرَّ**) رجل (**بغلام**) أي ولد فيشمل البنت (**مجهول النسب**) في بلد هو فيها وهو المراد من مجهول النسب في كل موضع على ما في القنية، لكن في أكثر الكتب أنْ يجهل نسبه في مولده فإنْ عرف نسبه فيه فهو معروف النسب (**يولد**) صفة بعد صفة لغلام أو حال منه (**مثله**) أي مثل هذا الغلام (**لمثله**) أي لمثل هذا المريض بأن يكون الرجل أكبر منه باثنتي عشرة سنة ونصف، والمرأة أكبر منه بتسع سنين ونصف، كما في المضمرات (**أنَّه**) أي أنَّ هذا الغلام (**ابنه وصدقه**) أي المقر (**الغلام**) إنْ كان الغلام معبراً لأنَّه في يد نفسه بخلاف الصغير لأنه في يد غيره فينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر هذا الشرط وعند الأئمة الثلاثة بلا تصديقه أيضاً يعتبر لو كان غير مكلف (**يثبت نسبه**) أي الغلام (**منه**) أي المقر لأنَّ النسب من الحوائج الأصلية ولا تهمة فيه (**ولو**) كان المقر في حالة الإقرار (**مريضاً وشارك**) الغلام (**الورثة**) المعروفة في الميراث لأنَّه صار كالوارث المعروف بثبوت نسبه منه.

. . . .

وكذا الهبة في المرض فإنها كالوصية لأنَّ كليهما تمليك مضاف لما بعد الموت، وهي وارثة حينئذ فتبطل فقوله (**ولو وهبها**) في المرض (**ثم تزوجها فلا رجوع**)، هكذا في نسخة المصنف بخطه وهو سهوٍ ظاهر، وصوابه فله الرجوع كما صرح به بنفسه في كتاب الهبة فتنبه، وتعليل الباقاني، ومن قلده بأنَّ المرض معتبر بالموت، فإذا مات امتنع الرجوع، ولكن هي باطلة أيضاً، فالمراد به هنا بيان وجه تعرض الورثة بسبب بطلانها لا للرجوع انتهى، وفيه ما فيه كما لا يخفى على فقيه (**وإنْ أقرَّ**) رجل (**بغلام مجهول النسب**) في مولده، كذا في الدرر أو في بلد هو فيها، وهو المراد من مجهول النسب في كل موضع كما في المنية وقدمه القهستاني على ما في الدرر، فتدبروهما في السن بحيث (**يولد مثله لمثله أنَّه ابنه**) أي لصلبه كما هو المتبادر إذ ولد ابنه بمنزلة الأخ كما في الذخيرة وغيرها ويأتي (**وصدقه الغلام**) في مدة حياته، وهذا لو مميزاً وإلاَّ لم يشترط تصديقه في الصحيح، فما في عتاق قاضي خان على هذا يحمل، فتأمل (**يثبت نسبه منه ولو**) المقر (**مريضاً وشارك**) الغلام (**الورثة**) ولا يؤثر إنكارهم

بالوالدين والولد والزوجة والمولى وشرط تصديق هؤلاء وكذا إقرار المرأة لكن شرط في إقرارها بالولد تصديق الزوج أيضاً أو شهادة قابلة، وصح تصديقهم بعد موت المقر إلاَّ تصديق الزوج بعد موتها وعندهما يصح أيضاً وإنْ أقرّ بنسب غير الولاد كأخٍ وعمٍ لا

(**وصح إقرار الرجل بالوالدين والولد**) بالشروط المتقدمة في الابن لأنَّه إقرار على نفسه، وليس فيه حمل النسب على الغير (**والزوجة**) أي صح إقراره بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وبشرط أنْ لا يكون تحت المقرّ أختها ولا أربع سواها (**والمولي**) أي صح إقراره بالمولى من جهة العتاقة إنْ لم يكن ولاؤه ثابتاً من جهة غير المقر (**وشرط تصديق هؤلاء**) لأنَّ إقرار غيرهم لا يلزمهم، لأنَّ كلاً منهم في يد نفسه لا إذا كان المقرّ له صغيراً في يد المقر، وهو لا يعبر عن نفسه أو عبداً له فثبت نسبه بمجرد الإقرار، ولو كان عبداً لغيره يشترط تصديق مولاه لأنَّ الحق له (**وكذا**) يصح (**إقرار المرأة**) بالوالدين والولد والزوج والمولى لما ذكرنا (**لكن شرط في إقرارها**) أي المرأة (**بالولد تصديق الزوج أيضاً**) كما أنَّ تصديق الولد شرط لأنَّ الولد للفراش والحق له فإذا صدقها فقد أقرّ به هذا إذا كان لها زوج أو كانت معتدة منه وادعت أنَّ الولد منه لأنَّ فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها: أما إذا لم يكن لها زوج، ولا هي معتدة أو كان لها زوج وادعت أنَّ الولد من غيره، صح إقرارها، لأنَّ فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (**أو شهادة قابلة**) بولادته منها لأنَّ قول القابلة حجة في تعيين الولد (**وصح تصديقهم بعد موت المقرّ**) لبقاء النسب بعد الموت (**إلاَّ تصديق الزوج بعد موتها**) أي الزوجة لأنَّ تصديقه

نسبه مع الشرائط الثلاثة، ويزاد في المرأة تصديق الزوج أيضاً كما يأتي، فإنْ انتقت هذ الشروط، يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال، كما لو أقرَّ بأخوة غيره كما مر عن الينابيع، كذا في الشرنبلالية. (**قلت**): وهو حسن من الحسن، وليحرر عند الفتوى ليقوى بالتقوى، واتقوا الله، ويعلمكم الله، (**وصح إقرار الرجل**) المريض (**بالوالدين و**) تراعي الشروط المتقدمة في (**الولد**) كما في التنوير، قال في البرهان: وإنَّ علياً واعترضه المقدسي بقول الزيلعي وغيره: لو أقر بالجد أو ابن الابن لا يصح لأنَّ فيه حمل النسب على الغير. (**قلت**): وأقره الشرنبلالي، وفي القهستاني وغيره عن النهاية والخلاصة أنَّه لا يثبت نسب الأم بالإقرار انتهى، ومثله في ضوء السرج وغيره معللاً بأنَّ الانتساب للآباء لا للأمهات. وفيه حمل الزوجية على الغير فلا يصح. (**قلت**): ولكن الحق صحته بجامع الأصالة، فكانت كالأب وعليه المتون، فكان هو المذهب فتبصر (**والزوجة**) إنْ لم تكن معتدة الغير ولا تحته أختها ولا أربع سواها (**والمولى**) أعلى وأسفل (**وشرط تصديق هؤلاء**) المقر لهم لأنَّهم في أيدي أنفسهم، وأفاد بالتصديق عدم ثبوته بمجرد الإقرار في المميز الحر، ففي صغير، وعبده يثبت نسبه بمجرد إقراره. وفي عبد غيره يشترط تصديق مولاه، (**وكذا**) أي صح أيضاً (**إقرار المرأة لكن شرط في إقرارها بالولد**) مع الشروط المتقدمة (**تصديق الزوج أيضاً**) إنْ كان أو كانت معتدة ومطلقاً، إنْ لم يكن أو كان وادعت أنَّه من غيره (**أو شهادة**) امرأة، ولو (**قابلة**) بتعيين الولد، أما النسب فبالفراش، ذكره الشمني، والمعتدة تحتاج لحجة تامة كما مر في بابه والأصل أنَّ إقرار الإنسان على نفسه حجة لا على غيره (**وصح تصديقهم بعد موت المقر**) لبقاء النسب والعدة بعد الموت (**إلاَّ تصديق الزوج بعد موتها**) مقرة لانقطاع

يثبت ويرثه إنْ لم يكن له وارث معروف ولو بعيداً ومن مات أبوه فأقرَّ بأخ شاركه في الإرث ولا يثبت نسبه ولو كان لأبيهما الميت دين على شخص فأقرَّ أحدهما بقبض أبيه

بعد موتها باطل عند الإمام لأنَّه لما ماتت زال النكاح بعلائقه في جانبه إذ يجوز له أنْ يتزوج أختها أو أربعاً سواها، ولا يحل له أنْ يغسلها عندنا.

فالتصديق منه لا يفيد شيئاً ولو باعتبار إرث لأنَّه معدوم وقت الإقرار لأنَّ التصديق إذا صح يستند إلى وقت الإقرار، فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبار إرث سيحدث بخلاف ما إذا أقرَّ بنكاح امرأة، ومات فصدقته بعد موته، لأنَّ علائق النكاح باقية بعد موته في جانبها، ولذا يحل لها أنْ تغسله لكونه مالكاً لها حتى يبقى ملكه إلى انقضاء العدة فلها المهر والإرث منه وفاقاً **(وعندهما)** والأئمة الثلاثة **(يصح أيضاً)** أي كما يصح تصديقهم بعد موت المقرّ لبقاء النكاح بعد موتها في حق الإرث، وإقرار قائم، والتكذيب منه لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها، ولهذا لو أقام البينة على النكاح بعد موتها تقبل **(وإنْ أقرَّ)** رجل **(بنسب غير الولاد كأخ وعم لا يثبت)** النسب منه لأنَّ فيه حمل النسب على غيره، فلا يجوز إلاَّ بإقامة البينة إلاَّ في حق نفس المقرّ حتى يلزمه الإحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا على ذلك الإقرار لأنَّ إقرارهما حجة عليهما **(ويرثه)** أي يرث هذا المقرّ له من ذلك المقرّ **(إنْ لم يكن له)** أي للمقر **(وارث معروف ولو)** كان **(بعيداً)** لأنَّه مقر بشيئين بالنسب ففيه مقرّ على غيره فلا يجوز، وباستحقاق ما له ففيه مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم، وإنْ كان له وارث قريب أو بعيد لا يرث المقرّ له من المقر **(ومن مات أبوه فأقرَّ بأخ)** وهو يصدقه **(شاركه في الإرث ولا يثبت نسبه)** لأنَّ الميراث حقه فيقبل فيه قوله، وأما النسب ففي ثبوته

. . . .

النكاح بموتها حتى لم يغسلها، **(وعندهما يصح)** تصديقه بعد موتها **(أيضاً)** كتصديقها بعد موته **(وإنْ أقرَّ بنسب غير الولاد)** فيه أنَّ الجد وابن الابن حكمهم **(كأخ وعم)** في أنه **(لا يثبت)** نسبهم في حق الغير، فحق العبارة أقرَّ بنسب إن فيه تحميل على غيره فيحتاج للحجة، ولو بإقرار أخ آخر كما في بابه فليحفظ، وأما في حق نفسه فيصح فتلزمه النفقة ونحوها بتصادقهما، **(ويرثه إنْ لَم يكن له وارث معروف ولو بعيداً)** كذوي الأرحام ومولى الموالاة لأنَّ نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف، والمراد غير الزوجين لأنَّ وجودهما غير مانع وتتوقف الوصية بأكثر من الثلث على إجازته ما دام المقر على إقراره ويصح رجوعه، وإنْ صدقه المقر له، ويكون المال لبيت المال لبطلان الإقرار أصلاً بالرجوع كما في البدائع لكن نقل في المنح عن بعض شروح السراجية إنْ بالتصديق يثبت النسب، فلا ينفع الرجوع انتهى.

(قلت): وعندي في ثبوته بمجرد تصادقهما تردد ولعل مراد بعض شراحها بالتصديق تصديق أخ آخر كما مر فتدبر **(ومن مات أبوه فأقرَّ بأخ شاركه في الإرث)** أي في إرثه فيأخذ نصف نصيبه، ولو معه وارث آخر **(ولا يثبت نسبه)** من الميت، وعن أبي يوسف يثبت لو هو الوارث لا غير كما في المضمرات فنفاه لضعفه.

نصفه فالنصف الباقي للآخر ولا شيء للمقر.

تحميله على الغير، فلا يقبل فيه **(ولو كان لأبيهما الميت دين على شخص فأقرَّ أحدهما بقبض أبيه نصفه فالنصف الباقي للآخر ولا شيء للمقرّ)** يعني أنَّ الأب مات وترك ابنين، وله على رجل مائة درهم مثلاً فأقرّ أحد الابنين أنَّ أباه قبض منه نصفه وكذبه الآخر فلا شيء للمقرّ وللمكذب نصفه لأنَّه أقرَّ بالدين على الميت، وكذبه أخوه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون على زعمه، والدين مقدم على الميراث، فاستغرق نصيبه، وليس له أنْ يشارك أخاه في الخمسين وإنْ تصادقا على أنَّه مشترك بينهما لأنَّه لو رجع المقر على أخيه لرجع أخوه على الغريم بما بقيَّ من الدين على زعمه، ثم رجع الغريم على المقرّ بما زاد على خمسين مما

. . . .

(قلت): بقي لو أقرَّ الأخ بابن هل يصح؟ قال الشافعي: لا لأنَّ ما أدى وجوده إلى نفيه انتفى من أصله، ولم أره لأئمتنا صريحاً وظاهر كلامهم نعم فليراجع **(ولو)** مات عن ابنين و **(كان لأبيهما الميت دين على شخص فأقر أحدهما بقبض أبيه نصفه)** صح في حصته وحينئذ **(فالنصف الباقي للآخر)** بعد حلفه أنَّه لا يعلم أنَّ أباه قبض نصفه، ذكره الأكمل، **(قلت)**: وكذا الحكم لو أقرَّ بقبض كله لكنه هنا يحلف لحق الغريم، ذكره الزيلعي وغيره **(ولا شيء للمقر من الدين)** وأفاد أنه لو أقر أحدهما بدين على أبيهما لزمه نصفه في اختيار أبي الليث، وكله عند غيره كما في القهستاني، **(قلت)**: وبالثاني جزم في البرهان واعتمده في التنوير، فكان هو المذهب، وهذا إنْ وفى ما ورثه به، ثم لا يلزمه بمجرد إقراره بل بقضاء القاضي عليه بإقراره ولو شهد به مع آخر قبلت، **(قلت)**: فلنحفظ هذه الزيادة ولنورد مهمات يحتاج إليها منها الإقرار لا يتعدى للغير إلاَّ في سبع مسائل، منها: لو أقرت بدين فكذبها زوجها صح في حقه أيضاً حتى تحبس وتلازم بخلاف مجهول حرر عبده، ثم أقرَّ بالرق فإنَّه صح في حقه، فقط دون إبطال العتق، لكنه كالمملوك في الشهادة لأنَّ حريته بالظاهر، وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق.

وكذا لو جنى عليه يجب إرش العبد، وهي تصلح لغزاً فيقال: أي حر عدل لا تقبل شهادته، الإقرار يرتد برد المقر إلاَّ في عشر مسائل منها: لو وقف على رجل فقبله، ثم رده لم يرتد.

وكذا إبراء الكفيل وإبراء المديون والضابط أنَّ ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الرد وما لا، فلا كإبطال شفعة وطلاق وعتاق صالح أحد الورثة وإبراء إبراء عاماً أو قال: لم يبق لي حق من تركة أبي عند الوصي ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح تسمع دعوى حصته منه على الأصح على أنَّ الإبراء عن الأعيان باطل كما مر أقر المشروط له الربع أو بعضه أو النظر أنَّه يستحقه فلان دونه صح، ولو كتاب الوقف بخلافه، ولو جعله لغيره أو أسقطه لم يصح إقرار السكران بطريق محظور صحيح إلاَّ فيما يقبل الرجوع، كالردة وحد الزناء والشرب، وإنْ بطريق مباح لا إلاَّ في سقوط الفضاء إكراه المكره باطل إلاَّ إذا أقر السارق مكرهاً فأفتى بعضهم بصحته، الفعل في المرض أحط من فعل الصحة إلاَّ في مسألة إسناد الناظر النظر لغيره بلا شرط، فإنَّه صحيح في المرض لا في الصحة، أقرَّ بشيء ثم ادعى الخطأ، لم يقبل إلاَّ إذا أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتي ثم تبين عدم الوقوع لم يقع يعني ديانة أقر في صحته

. . . .

أخذه من أخيه المكذب لأنَّ الوارث لا يأخذ شيئاً إلاَّ بعد قضاء الدين فيؤدي إلى الدور، وقال صاحب الدرر: في غرره، حرة أقرت بدين لآخر فكذبها زوجها صح في حق زوجها عند الإمام حتى تحبس وتلازم، وعندهما لا، مجهولة النسب أقرت بالرق لإنسان ولها زوج وأولاد منه، وكذبها الزوج صح في حق المرأة لا في حق الزوج وحق الأولاد، حتى لا يبطل النكاح، وأولاد حصلت قبل الإقرار، وما في بطنها وقت الإقرار أحرار، مجهول النسب حرر عبده ثم أقرَّ بالرق لإنسان وصدقه المقرّ له صح إقراره في حقه حتى صار رقيقاً له دون إبطال العتق حق بقيَّ معتقه حراً فإنْ مات العتيق يرثه وارثه إنْ كان له وارث وإلاَّ فالمقرّ له فإنْ مات المقر، ثم العتيق فارثه لعصبة المقر.

. . . .

بجميع ما في منزله لامرأته هذه ثم مات، صح إقراره قضاء، فإنْ علمت بسبب الملك كان لها ذلك، وبنفس الإقرار لا تملك، قال: غصبنا القائم، قال: كنا عشرة أنفس وادعى الطالب أنَّه هو وحده لزمه الألف كلها. **(قلت)**: وما في نسخ التنوير وادعى الغاصب فسبق قلم إبراء المديون مديونه باطل لو أجنبياً ولو وارثاً لم يجز مطلقاً وحيلة صحته أنْ يقول: لا حق لي عليه فيصح مطلقاً قضاء لا ديانة إلاَّ المهر، لظهور أنَّه عليه غالباً كما لو أشهد المجروح أنَّ فلاناً لم يكن جرحه أو المقذوف أنَّ فلاناً لم يقذفني وكان جرحه وقذفه معروفاً عند الحاكم، والناس لم يصح إشهاده في الأصح لاحتمال الصدق، ولم يقبل برهان وارثه على جرحه وموته منه لأنَّ القصاص حق الميت كما في جنايات البزازية لإقرار بالدين بعد الإبراء منه باطل، ولو بمهر بعد هبتها له على الأشبه كما في الأشباه هنا وفي الساقط لا يعود معزياً للفصولين وغيرها، نعم لو ادعى ديناً بسبب حادث بعد الإبراء العام وأنَّه أقرَّ به يلزمه كما في الفتاوى التمرتاشية. **(قلت)**: ومفاده أنَّه لو أقرَّ بقاء الدين أيضاً فحكمه كالأول كما لا يخفى وهي واقعة الفتوى فتأمل.

كتاب الصلح

هو عقد برفع النزاع ويجوز مع إقرار وسكوت وإنكار، فالأول كالبيع إنْ وقع عن مال

كتـاب الصلـح

وجه المناسبة في إيراده بعد الإقرار إنْ كان إنكار المقر سبب للخصومة وهي تستدعي الصلح هو لغة اسم بمعنى المصالحة وهي المسالمة خلاف المخاصمة وأصله من الصلاح ضد الفساد، وفي الشرع (هو) أي الصلح (**عقد برفع النزاع**) من الطرفين، وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وركنه الإيجاب والقبول الموضوعان له، كما في الدرر، وفي العناية الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين، وقال: وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم، وطلب الصلح على ذلك الجنس، فقد تم الصلح بقول المدعي: فعلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعي عليه، وشرطه العقل لا البلوغ، والحرية وصح من صبي مأذون إنَّ عري عن ضرر بين، ومن عبد

. . . .

كتاب الصلح

لا يخفى أنَّ إنكار المقر سبب للخصومة المستدعية للصلح (**هو**) لغة اسم من المصالحة والتصالح خلاف التخاصم والخاصمة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل والصالح المستقيم الحال في نفسه، ذكره القهستاني وفي صلاة الجوهرة الصالح القائم بحقوق الله وحقوق العباد وإنماد ذكر الضمير لكونه مما يذكر ويؤنث كما في الصحاح وشرعاً (**عقد**) أفاد أنَّ ركنه الإيجاب والقبول أي إلاَّ فيما لا يتعين كالدراهم فيتم بلا قبول لأنَّه اسقاط فيتم بالمسقط وسيجيء (**يرفع**) بالتراضي (**النزاع**) بين المدعي والمدعي عليه، وبه يخرج سائر العقود، وأفاد صحته بعد الدعوى الفاسدة لأنَّه لدفع النزاع، وذا يتحقق في الفاسدة وقيل لا يصح لأنَّه لافتداء اليمين المترتبة على الصحيحة كما لا يصح بعد الباطلة، ذكره القهستاني معزياً للخلاصة وغيرها. (**قلت**): لكن في التنوير

. . . .

مأذون ومكاتب، وشرط أيضاً كون المصالح عليه معلوماً إنْ كان يحتاج إلى قبضه، وكون المصالح عنه حقاً يجوز الاعتياض عنه، ولو كان غير مال كالقصاص والتعزير معلوماً، كان المصالح عنه، أو مجهولاً لا يصح الصلح أو كان المصالح عنه مما لا يجوز الاعتياط عنه كحق الشفعة، وحد القذف، والكفالة بالنفس وحكمة وقوع البراءة عن الدعوى كما في المنح، والبحر **(ويجوز)** الصلح **(مع إقرار)** من المدعي عليه **(وسكوت)** منه بأنْ لا يقر، ولا ينكر **(وإنكار)** وكل ذلك جائز عندنا لقوله تعالى: ﴿والصلح خير عرفه باللام﴾ [النساء: ١٢٨]، فالظاهر العموم ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الصلح جائز فيما بين المسلمين إلاّ صلحاً أحلَّ حراماً وحرم حلالاً»[1]. وقال الشافعي: لا يجوز مع الإنكار والسكوت لأنَّهما صلح أحلَّ حراماً لأنَّه أخذ المال بغير حق في زعم المدعي فكان رشوةً، ولنا ما تلونا، وأول ما روينا بتأويل آخر أحلَّ حراماً لعينه، كالخمر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح، على أنْ لا يطأ الضرة، وفي العناية تفصيل فليراجع **(فالأول)** أي الصلح بالإقرار **(كالبيع)** في أحكامه **(إنْ وقع عن مال**

. . . .

وقيل: يصح مطلقاً أي ولو بعد الباطلة واعتمده صدر الشريعة آخر الباب وأقرّه في المنح وابن الكمال وغيره في باب الاستحقاق كما مر، لكن قدمنا في الدعوى عن التنوير لو تصالحا على تحليف المدعي فالصلح باطل ولو حلف لا يجب المال ونحوه في عامة الكتب كقاضيخان بزيادة أنَّه لو قال لخصمه: إن حلفت دفعت لك فحلف ودفع إليه أنَّ بحكم الشرط له أنْ يسترده لأنَّه شرط باطل. وفي المنح عن الصيرفية صالحه بمال ثم أقرَّ أنَّه مبطل في دعواه له أنْ يسترده، وقيل: لا فليحفظ وشرطه العقل لا البلوغ والحرية فصح من صبي وعبد مأذونين وكون المصالح عليه معلوماً، إن احتج لقبضه والمصالح عنه حق يعتاض عنه ولو مجهولاً أو غير مال كقود وتعزير وحكمه البراءة عن الدعوى وندبه بالكتاب والسنة والإجماع، قال تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨]، وقال عليه الصلاة والسلام: «الصلح جائز بين المسلمين إلاَّ صلحاً أحل حراماً أو حرَّم حلالاً»، أي لعينه، قيل أو لغيره كما نقله الباقاني عن البرويني في حاشيته على الأكمل، وعن عمر رضي الله عنه رد والخصوم كي تصطلحوا فإنَّ فصل القضاء يورث بينهم الضغائن، ذكره الزاهدي لكن في القهستاني عن الذخيرة، ولا ينبغي للقاضي أنْ يباشره بنفسه إلاَّ إذا كان وجه القضاء غير مستبين، أو وقت الخصومة بين بلدتين أو قبيلتين أو محرمين فإنْ وقعت بين أجنبيين قضي بينهما انتهى. **(قلت)**: وكتبت في شرح التنوير تبعاً للأشباه أنَّه لا يجوز للقاضي تأخير الحكم إلاَّ في ثلاث: لريبة ولرجاء صلح أقارب وإذا استمهل المدعي فليحفظ. **(ويجوز مع إقرار وسكوت وإنكار)** وقال الشافعي: لا يجوز مع الأخيرين ولنا عموم ما ذكرنا. وفي القهستاني عن النهاية عن أبي منصور الماتريدي أنَّ الشيطان لم يعمل إيقاع العداوة والبغضاء في بني آدم مثل ما

---

(١) أخرجه الترمذي (أحكام، ١٧)، وأبو داود (أقضية، ١٢)، وابن ماجه (أحكام، ٢٣)، وأحمد بن حنبل (٢، ٣٦٦)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٣/ ٣٤١.

بمال فتثبت فيه الشفعة والرد بالعيب وخيار الرؤية وتفسده جهالة البدل جهالة المصالح عنه وتشترط القدرة على تسليم البدل وإن استحق بعض المصالح عنه أو كله رجع بكل البدل أو بعضه وإنْ استحق بعض البدل أو كله رجع بكل المصالح عنه أو بعضه وإنْ وقع عن مالٍ بمنفعة اعتبر إجارة فيشترط فيه التوقيت ويبطل بموت أحدهما، والأخيران

بمال) لوجود معنى البيع، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي من غير جنسه، ثم فرعه بقوله: **(فتثبت فيه الشفعة)** أي تثبت الشفعة في الصلح عن عقار أو على عقار كما يثبت في المبيع فللشفيع حق المطالبة في كل منهما **(والرد بالعيب)** بأنْ كان بدل الصلح عبداً مثلاً فوجد المدعي فيه عيباً له أنْ يرده **(وخيار الرؤية)** بأنْ لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه فله الخيار فيه **(والشرط)** بأن يصالح على شيء فشرط أحدهما الخيار لنفسه لأنَّه من أحكام البيع **(وتفسده)** أي الصلح **(جهالة البدل)** أي الذي وقع عليه الصلح لأنَّه بيع، فصار كجهالة الثمن لا تفسده **(جهالة المصالح عنه)** لأنَّه يسقط، وجهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة خلافاً للشافعي، وفي العناية تفصيل فليطالع **(وتشترط القدرة على تسليم البدل)** لأن القدرة عليه شرط في صحة الصلح ككون معلومية البدل شرطاً في الصحة **(وإنْ استحق)** في صلح مع إقرار **(بعض المصالح عنه أو)** استحق **(كله رجع)** المدعى عليه على المدعي **(بكل البدل أو بعضه)** صورته ادعى زيد داراً مثلاً في يد عمرو فأقرَّ عمرو وصالح زيداً على مائة درهم فصارت المائة في يد زيد والدار في يد عمرو، ثم استحق نصف الدار مثلاً أو كلها يرجع عمرو على زيد بخمسين درهماً في الأولى، وبمائة درهم في الثانية، وفي تحرير المصنف في اللف والنشر الغير المرتب، وأما تصوير صاحب الدرر في هذا المحل لا يوافق متنه، بل الصواب ما صورناه يتبع **(وإنْ استحق بعض البدل أو كله رجع)** المدعي وهو زيد على المدعي عليه، وهو عمرو **(بكل المصالح عنه أو بعضه)** لأنَّ كل واحد منهما عوض عن الآخر فأيهما أخذ منه بالاستحقاق، رجع بما دفع إنْ كلاً فبالكل وإنْ بعضاً فبالبعض **(وإنْ وقع)** الصلح عن إقرار **(عن مالٍ بمنفعة اعتبر)** هذا الصلح **(إجارة)** صورته ادعى على رجل شيئاً واعترف به، ثم صالحه

. . . .

(كالبيع إنْ وقع عن مال بمال) فتجري فيه أحكامه **(فتثبت فيه الشفعة)** لواحد البلدين عقاراً لا لو كلاهما عقاراً، ذكره القهستاني، **(والرد بالعيب وخيار الرؤية والشرط)** والعيب **(و)** كذا **(تفسده جهالة البدل)** المصالح عليه **(لا جهالة المصالح عنه)** لأنَّه إسقاط **(وتشترط القدرة على تسليم البدل)** لكن في القهستاني عن قاضيخان، إنْ كانا مجهولين واحتيج لتسليمها تفسد الجهالة، وإلاَّ فلو ادعى حقاً مجهولاً من دار فصالحه على حق مجهول من أرض لم يجز ولو صالحه على أنْ يترك كل منهما دعواه جاز، انتهى **(و)** كذا **(إنْ استحق بعض المصالح عنه أو كله رجع بكل البدل أو بعضه وإنْ استحق بعض البدل أو كله رجع بكل المصالح عنه أو بعضه)** لأنَّه بيع، وهذا حكمه **(و)** حكمه **(إنْ وقع)** الصلح **(من مال بمنفعة اعتبر إجارة)** كخدمة عبد وسكنى دار فتجري فيه أحكامها **(فيشترط فيه التوقيت)** إن احتيج

معاوضة في حق المدعي وفداء اليمين وقطع المنازعة في حق الآخر فلا شفعة في دار

على سكنى داره سنة أو على ركوب دابته معلومة، أو على لبس ثوبه أو خدمة عبده أو زراعة أرضه مدة معلومة، فيكون في معنى الإجارة، لأنَّ العبرة للمعاني، والإجارة تمليك المنفعة، وهذا الصلح كذلك، ثم فرعه بقوله: (**فيشترط فيه التوقيت**) لكن هذا في الأجير الخاص بأنْ ادعى شيئاً فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى سنة، وفيما عدا ذلك لا يشترط التوقيف، كما إذا صالحه على صبغ الثوب أو ركوب الدابة أو حمل الطعام إلى موضع، كما في التبيين (**ويبطل**) الصلح (**بموت أحدهما**) أي أحد المتصالحين لأنَّهما كالمؤجر والمستأجر.

وكذا يبطل بفوات المنفعة قبل الاستيفاء فيعود إلى الدعوى، ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل بقدر ما بقي فيرجع في دعواه بقدره، وهذا قول محمد، وهو القياس لأنَّه إجارة وهي تبطل بواحد من هذه الأشياء. وقال أبو يوسف: لا يبطل الصلح بموت المدعي عليه، بل المدعي يستوفي المنفعة على حاله، وإنْ مات المدعي.

فكذلك في خدمة العبد، وسكنى الدار، والوارث يقوم مقامه، ويبطل فيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة (**والأخيران**) أي الصلح عن سكوت أو إنكار (**معاوضة في حق المدعي**) لأنَّه يزعم أنَّ ما أخذه كان عوضاً عما يدعيه (**وفداء اليمين وقطع المنازعة في حق الآخر**) أي المدعي عليه، لأنَّه يزعم أنَّ المدعي مفتر، ومبطل في دعواه وإنما دفع المال إليه لئلا يحلف، ولتقطع الخصومة ويجوز أنْ يكون لشيءٍ واحدٍ حكمان مختلفان باعتبار شخصين، كالنكاح موجبه الحل في المتناكحين والحرمة وأصولهما فيأخذ كل واحد منهما بما

. . . .

عمل من إبطال الصلح على الإنكار على أنَّ دفع الرشوة لدفع الظلم جائز لخوفه على نفسه أو نسائه أو ماله أو مال يتيمه ولو منه، وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿أما السفينة﴾ [الكهف: ٢٩] إلى ﴿فأردت أنْ أعيبها﴾ حيث أجاز التعيب في أموال اليتامى مخافة أخذ المتغلب (**فالأول**) أي الصلح بإقرار حكمه إليه، وإلا لا كصبغ ثوب حتى لو صالحه على سكنى بيت معين أبداً أو حتى يموت بطل الصلح كما في النهاية (و) كذا (**يبطل بموت أحدهما**) أو محل المنفعة، ولو في أثناء المدة فيبطل فيما بقي، ويرجع بقدره، وهذا كله عند محمد خلافاً لأبي يوسف ولو هلك المحل بطل بلا خلاف كركوب الدابة، ولبس الثوب فلا يخلفه الوارث فيه، وإنما قيد القسمين من الإقرار بالصلح عن مال لأنَّه لو صالح عن منفعة بمال كان الإنكار كالإقرار فلو ادعى مجرى في دارٍ أو ميلٍ على سطح أو شرباً في نهر فأقرَّ أو أنكر، ثم صالحه على شيء معلوم جاز كما في القهستاني عن النتف (**والأخيران**) أي الصلح بسكوت وإنكار عطف على قوله، فالأول (**معاوضة في حق المدعي وفداء اليمين وقطع المنازعة في حق الآخر**) فلو حلفه عند قاضٍ، ثم ادعاه عند قاضٍ آخر فأنكر فصولح، لم يصح عند بعضهم لأنَّ اليمين بدل، وقد استوفاه وصححه آخروه كما في المنية، ويستثنى منه ما لا يمين عنده كدعواه نكاح امرأة منكرة له

صولح عنها مع أحدهما وتجب في دار صولح عليها وما استحق من المدعي كلاً أو بعضاً يرد المدعي حصته من البدل ويرجع بالخصومة فيه وما استحق من البدل بعضاً أو كلاً يرجع المدعي إلى دعواه في قدره وهلاك البدل قبل التسليم في الفصلين ولو صالح

إنكار صورته ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر أو أنكر فصالح عنها بدفع شيء آخر، لم تجب الشفعة لأنَّ المدعي عليه يأخذها على أصل حقه، ويعطي المال دفعاً للخصومة لا أنَّه يشتريها، ولا يلزمه زعم المدعي لأنَّ المرء لا يؤاخذ إلاَّ بزعمه **(وتجب)** الشفعة **(في دار صولح عليها)** أي على الدار فيما ادعى مالاً على آخر فسكت أو أنكر فصالح بدفع الدار بدله لأنَّ المدعي يأخذها عوضاً عن ماله فيؤاخذ بزعمه **(وما استحق من المدعي كلاً أو بعضاً)** في صورة الصلح مع سكوت أو إنكار **(يرد المدعي)** على المدعي عليه فيها **(حصته)** أي ما استحق **(من البدل)** لأنَّ المدعي عليه قد بذل العوض، لدفع خصومة المدعي فبالاستحقاق ظهر عدم خصومة المدعي مع المدعي عليه، فيرد ما أخذه في مقابلة الخصومة على المدعي عليه **(ويرجع)** المدعي **(بالخصومة)** مع المستحق **(فيه)** أي فيما استحقه بعضاً كان أو كلاً **(وما استحق من البدل بعضاً أو كلاً يرجع المدعي إلى دعواه في قدره)** أي في قدر البدل أي رجع المدعي إلى الدعوى في الكل إنْ استحق الكل، وفي قدر المستحق إنْ استحق البعض، لأنَّ المدعي لم يترك الدعوى إلاَّ ليسلم له البدل، فإذا لم يسلم له رجع بالبدل بخلاف ما إذا وقع الصلح بلفظ البيع، بأن قال أحدهما: بعتك هذا الشيء بهذا، وقال الآخر: اشتريت حيث يرجع المشتري عند الاستحقاق على المدعي عليه بالمدعي نفسه لا بالدعوى كما في التبيين **(وهلاك البدل)** أي بدل الصلح **(قبل التسليم)** إلى المدعي كاستحقاقه، أي كاستحقاق بدل الصلح فيبطل به لأنَّ هلاك البدل في البيع يبطل البيع.

....

يزعم، ثم فرعه بقوله: **(فلا شفعة في دار صولح عنها)** أي الدار **(مع أحدهما)** أي مع سكوت أو فصالحته على مال فإنَّه جائز اتفاقاً، ذكره البرجندي والقهستاني **(فلا شفعة في دار صولح عنها مع أحدهما)** أي سكوت أو إنكار لأنَّه لدفع الخصومة لا لمعاوضة إلاَّ أنَّ الشفيع نائب عن المدعي فلو برهن أنَّ الدار للمدعي أو حلف خصمه فنكل فله الشفعة، كما في الشرنبلالية والقهستاني **(وتجب)** الشفعة **(في دار)** مثلاً **(صولح عليها)** ولو بإنكار أو إقرار لأنَّه معاوضة في زعم المدعي والمرء مؤاخذ بزعمه، **(وما استحق)** فيهما **(من المدعي)** بفتح العين فكما مر في الأول لأنَّه إنْ **(كلاً أو بعضاً يرد المدعي حصته من البدل ويرجع بالخصومة فيه وما استحق)** فيهما **(من البدل)** رجع إلى الدعوى فإنَّ **(بعضاً أو كلاً يرجع المدعي إلى دعواه في قدره)** فلو الكل فالكل، وهذا إذا لم يقع الصلح بلفظ البيع فلو وقع به رجع بالمدعي نفسه لا بالدعوى **(وهلاك البدل)** كلاً أو بعضاً **(قبل التسليم)** للمدعي **(كاستحقاقه)** كذلك **(في الفصلين)** أي فصلي الإقرار والإنكار فيرجع بالمدعي أو بالدعوى، وهذا لو البدل مما يتعين، وإلاَّ لم يبطل بل يرجع بمثله لأنَّ النقود لا تتعين في العقود **(ولو صالح)** بالإقرار

على بعض دار يدعيها لا يصح وحيلته أنْ يزيد في البدل شيئاً أو يبرأ عن دعوى الباقي.

فكذا هذا إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين، فإنْ لم يكن كالنقدين لا يبطل بهلاكه **(في الفصلين)** أي في فصل الإقرار، وفي فصل الإنكار، والسكوت، ففي الإقرار يرجع بكله أو بعضه، وفي الإنكار يرجع بالدعوى **(ولو صالح على بعض دار يدعيها)** يعني إذا ادعى رجل على آخر داراً فصالحه على قطعة معلومة منها **(لا يصح)** الصلح، وهو على دعواه في الباقي لأنَّ البعض لا يصلح عوضاً عن الكل للزوم أنْ يكون الشيء عوضاً عن نفسه إذا البعض داخل في ضمن الكل، ولأنَّ ما قبضه من عين حقه، فيكون على طلبه في باقي الدار إذ الاسقاط لا يقع عن الأعيان لكونه مخصوصاً بالديون **(وحيلته)** أي حيلة جواز هذا الصلح **(أنْ يزيد)** المدعي عليه **(في البدل شيئاً)** فيصير الزائد عوضاً عن الباقي **(أو يبرأ)** بضم أوله وفتح ثالثه أي يبرأ المدعي عليه، أو بضم أوله وكسر ثالثه أي يبرأ المدعي المدعى عليه **(عن دعوى الباقي)** بأن يقول المدعي أبرأتك أو برأت من دعوى هذه الدار لأنَّ الإبراء عن دعوى العين جائز كما في الشمني.

. . . .

وأخويه **(على بعض داره)** أو متاع أو غيرهما من أعيان **(يدعيها)** بأن صالحه على بيت معلوم فلو من غيرها صح باتفاق الروايات منها **(لا يصح)**، هذا الصلح في رواية ابن سماحة عن محمد، لأنَّه استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي، والإبراء عن الأعيان باطل، فتسمع دعواه الباقي، وبه أفتى شيخ الإسلام، والإمام ظهير الدين، لكن ظاهر الرواية أنَّه يصح مطلقاً فلا تسمع دعوى الباقي، قلت: وقولهم الإبراء عن الأعيان لا يصح معنان أنَّ العين لا تصير ملكاً للمدعي عليه لا أنه يبقى المدعي على دعواه بل تسقط في الحكم كالصلح على بعض الدين، فإنَّه إنما يبرأ عن باقيه في الحكم لا في الديانة، ولذا لو ظفر به أخذه، ذكره القهستاني والبرجندي وغيرهما. وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح بلا خلاف، فلذا قال **(وحيلته)** أي حيلة صحة هذا الصلح **(أنْ يزيد)** المدعي عليه **(في البدل شيئاً)** آخر كثوب أو درهم ليكون عوضاً عن باقي بالدار **(أو يبرأ)** المدعي **(عن دعوى الباقي)** لصحة الإبراء عن دعوى الأعيان بأن يقول: برأت عنها أو عن خصومتي فيها أو عن دعوى هذه الدار، فلا تسمع دعواه ولا بينته. وأما لو قال: أبرأتك عنها أو عن خصومتي فيها فإنَّه باطل، وله أن يخاصم كما لو قال لمن بيده عبد: برأت منه فإنَّه يبرأ، أو لو قال: أبرأتك لا لأنَّه إنما أبرأه عن ضمانه كما في الأشباه من أحكام الدين. **(قلت)**: ففرقوا بين أبرأتك وبرأت، أو أنا بريء لإضافة البراءة لنفسه فتعم بخلاف أبرأتك لأنَّه خطاب الواحد فله مخاصمة غيره كما في حاشيتها معزياً للولوالجية، ومن المهم ما في العمادية من الفصل السابع عن دعوى الخانية اتفقت الروايات أنَّ قول: لا دعوى لي قبل فلان، ولا خصومة لي قبله يمنع الدعوى إلاَّ في حق حادث بعد البراءة كقوله: برأت من هذا العبد، أو خرجت منه أو لا ملك لي فيه فإنَّه يمنع دعواه، انتهى كقوله: لا حق لي قبله فإنَّه يعم كل عين ودين وكفالة وغيرها مطلقاً لأنَّ لا حق نكرة في النفي والنكرة في النفي تعم.

فصل

يجوز الصلح عن مجهول ولا يجوز إلاَّ على معلوم فيجوز عن دعوى المال والمنفعة

فصـــل

(يجوز الصلح عن مجهول) لأنَّه إسقاط **(ولا يجوز إلاَّ على معلوم)** لأنَّه تمليك فيؤدي إلى المنازعة والصلح على أربعة أوجه عن معلوم على معلوم، وعن مجهول على معلوم، وهما جائزان، وعن مجهول على مجهول، وعن معلوم على مجهول، وهما فاسدان، فالحاصل أنَّ كل ما يحتاج إلى قبضه لا بد أن يكون معلوماً لأنَّ جهالته تفضي إلى المنازعة، وما لا يحتاج إلى قبضه يكون إسقاطاً، فلا يحتاج إلى علمه به فإنَّه لا يفضي إلى المنازعة، وتمامه في العناية وغيرها، فليطالع **(فيجوز)** الصلح **(عن دعوى المال)** لوجود معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه مطلقاً سواء كان عن إقرار أو سكوت أو إنكار **(و)** عن دعوى **(المنفعة)** كان يدعي في دار سكنى سنة وصية من صاحبها فجحد الوارث أو أقرَّ فصالحه على مال أو على منفعة جاز لأنَّ أخذ العوض عنها بالإجارة جائز، فكذا الصلح، لكن إنما يجوز عن المنفعة على المنفعة

. . . .

كذا أطلقه محشي الأشباه وغيره، **(قلت)**: وهذا قضاء إلاَّ المهر على ما قدمناه قبيل الصلح فتأمل، وكما أبرأه عن الدعاوى فإنَّه يعم كلها إلاَّ إذا ادعى مالاً إرثاً عن أبيه، ولم يعلم بموته وقت الإبراء تسمع دعواه إلاَّ إنْ علم كما في البزازية من الرابع عشر في دعوى الإبراء، ووقع فيها بكراس وفي غيرها بترك جواب الشرط فليتنبه لذلك، كذا أفاده الحانوتي في فتاويه، وذكر أنَّ معنى الإبراء العام أنْ يكون العموم مطلقاً لا بقيد تركته أو تركتها فلا يحتاج لما استثناه في الأشباه لأنَّه مخصص بتركة والده وقد قدمنا عدم سماعها، ولو بالإرث حيث علم بموت مورثه إلاَّ أنْ تخص المسألة المستثناة بمسألة الوصي دون الوارث فتأمل، قال: وذلك كله حيث لم تكن البراءة والإقرار بعد دعوى بشيء خاص، ولم يعمم بأن يقول: أية دعوى كانت، أو ما يفيد ذلك لما في البزازية أيضاً بعد قوله السابق بقوله، وفي المنية ادعى عليه دعاوى معينة ثم صالحه، وأقرَّ أنَّه لا دعوى له عليه ثم ادعى عليه حقاً تسمع، وحمل إقراره على الدعوة الأولى إلاَّ إذا عمم، وقال: أية دعوى كانت ونحوه، فلا خصومة بوجه من الوجوه كما ذكره في الصلح أي ونحوه مما يفيد العموم زائداً على قوله: لا دعوى له، وبهذا الحل اضمحل توهم تناقض كلامهم لأنَّ من صرح بعدم سماعها بعد الإبراء العام المطلق صرح بسماعها بعد إبراء الوارث وغيره، لكن في محال مختلفة، وبهذا صارت مؤتلفة، وبالله التوفيق، والله أعلم.

فصـــل

لما ذكر شرائط الصلح وأقسامه، شرع فيما يجوز منه، وما لا يجوز فقال: **(يجوز الصلح عن مجهول)** لأنَّه إسقاط **(ولا يجوز إلاَّ على معلوم)** لأنَّه تمليك والقسمة رباعية **(فيجوز عن دعوى المال)** على بدل من خلاف جنسه مطلقاً فلو بجنسه لم يجز بأكثر من قيمته، ذكره البرجندي والقهستاني **(و)** دعوى **(المنفعة)** المعهودة، ولو بمنفعة مجانسة كسكنى بسكنى، وإنْ لم تجز إجارة السكنى بالسكنى،

والجناية في النفس وما دونها عمداً أو خطأً وعن دعوى الرق وكان عتقاً بمال ولا ولاء عليه ودعوى الزوج النكاح وكان خلعاً ويحرم عليه ديانة إنْ كان مبطلاً ولو صالحها بمال

إذا كانتا مختلفتي الجنس بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلاً، وأما إذا اتحد جنسهما كما إذا صالح عن السكنى على السكنى مثلاً، فلا يجوز كما في الدرر وغيره، وإنما احتيج إلى هذا التصوير لأنَّ الرواية محفوظة على أنَّه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكر، ثم صالح لم يجز كما في السراج وغيره، لكن في البحر أنَّ الصلح عن دعوى المال مطلقاً والمنفعة جائز، كصلح المستأجر مع المؤجر عند إنكاره الإجارة أو مقدار المدة المدعى بها أو الأجرة.

وكذا الورثة إذا صالحوا الموصي له بالخدمة على مالٍ مطلقاً والمنافع إنْ اختلف جنسها فإنَّه يجوز لا إنْ اتحد انتهى (و) يصح الصلح عن دعوى (**الجناية في النفس**) من القتل (**و**) في (**ما دونها**) من نحو شبح الرأس وقطع اليد (**عمداً**) كانت الجناية (**أو خطأ**) أما العمد فلقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه شيء﴾ الآية [البقرة: ١٧٨]، أي من أعطى له بدل أخيه المقتول شيءٍ بطريق الصلح، وأما الخطأ فلأنَّ موجبه المال فالصلح كان عن المال لكنه لا تصح الزيادة على قدر الدية، والإرش على أخذ مقادير الدية للربا إلاَّ إذا قضى القاضي بأخذ مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بزيادة جاز بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية.

وكذا على الأقل لأنَّه لا موجب له في المال، ولو وقع الصلح على غير مقاديرها جاز كيف ما كان لعدم الربا لكن يشترط القبض في لمجلس ليخرج عن أنْ يكون ديناً بدين (**و**) يصح الصلح أيضاً (**عن دعوى الرق**) كما إذا ادعى على مجهول النسب أنَّه عبده، ثم تصالحا على شيء معين (**وكان عتقاً بمال**) في حق المدعي، وفي حق الآخر لدفع الخصومة لأنَّه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار فصح (**ولا ولاء**) له (**عليه**) لإنكار العبد إلاَّ أنْ يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل في حق ثبوت الولاء عليه لا غير هذا إذا أنكر العبد الرق، أما إذا صالحه بإقراره، فيثبت الولاء (و) صح الصلح عن (**دعوى الزوج النكاح وكان خلعاً**) مطلقاً في زعمها إنْ كان

. . . .

كما في البرجندي والقهستاني، على خلاف ما ذكره منلا خسرو، والباقاني وغيرهما، فليحرر، وإنما قلنا بالعهد لأنَّه لو ادعى استجار عين، والمالك ينكر، ثم تصالحا لم يجز نص عليه في المبسوط (و) دعوى (**الجناية في النفس وما دونها عمداً**) كان (**أو خطأ**) لكن في العمد مطلقاً ولو بأكثر من الدية لعدم الرد بخلاف الخطأ حيث يبطل الفضل أي لو بمقادير الدية، فلو بغيرها أو بغير ما عينه القاضي صح كيف كان بشرط المجلس، لئلا يكون ديناً بدين ولو صالح على خمر فسد فيسقط القود مجاناً، وتلزم الدية في الخطأ، ولو صالحه بعفو عن دم آخر جاز كما في الاختيار (**وعن دعوى الرق وكان عتقاً بمال ولا ولاء**) له (**عليه**) لو غير مقر إلاَّ ببينة. (**قلت**): ولا يعود بالبينة رقيقاً، وكذا في كل موضع برهن بعد الصلح لا يستحق المدعي لأنَّه يأخذ البدل باختياره نزل بائعاً فليحفظ، (**ودعوى الزوج النكاح وكان**

لنقر له بالنكاح جاز وتجعل زيادة في المهر لأنَّها تزعم أنَّها زوَّجت نفسها منه ابتداء بالمسمى، وهو يزعم أنَّه زاد في مهرها ولا يجوز إنْ ادعته المرأة وقيل يجوز ولا عن دعوى الحدِّ والاعتياض عن حق الغير لا يجوز، كصلح واحد عن حق العامة كما إذا صالحه وإن قتل عبد مأذون رجلاً عمداً وصالح عن نفسه لا يجوز بخلاف صلحه عن

بإقرار فتجب عليها العدة، وإنْ لم يكن بإقرار يكون خلعاً في زعمه، ودفعا في زعمها ولا تلزم العدة عليها قضاء، فإنْ أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل **(ويحرم)** أخذ المال **(عليه)** أي على المدعي **(ديانة إنْ كان مبطلاً)** في دعواه، وهذا عام في جميع أنواع الصلح إلاَّ أنْ يسلمه بطيب نفسه، فيكون تمليكاً على طريق الهبة كما في العناية **(ولو صالحها بمال لتقرّ له بالنكاح جاز)** وتجعل زيادة في المهر لأنَّها تزعم أنَّها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى، وهو يزعم أنَّه زاد في مهرها **(ولا يجوز إنْ ادعته)** أي النكاح **(المرأة)** هكذا في بعض نسخ القدوري، وهو الصحيح صرح به الزاهدي، ولذلك اختار المصنف ووجهه أنَّه بذل لها المال لتترك الدعوى فإنْ جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة، وإنْ لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى، فلا شيء يقابله العوض فلم يصح **(وقيل يجوز)** وجهه أنْ يجعل بدل الصلح زيادة في مهرها **(ولا)** يصح الصلح **(عن دعوى الحد)** من الحدود فلو أخذ زانياً أو سارقاً أو شارب خمر فصالحه على مال أنْ لا يرفعه إليه الحاكم بطل الصلح فله أنْ يرجع بما دفع، وكذا إذا أخذ قاذف المحصن أو المحصنة فصالحه، لأنَّ الحدود حق الله تعالى لا حق المرافع **(الاعتياض عن حق الغير لا يجوز، كصلح واحد عن حق العامة كما إذا صالحه)** عما أشرعه إلى الطريق، نعم للإمام ذلك إذا كان فيه صلاح المسلمين، ويضع ذلك في بيت المال **(وإنْ قتل عبد مأذون رجلاً عمد أو صالح عن نفسه لا يجوز)** لأنَّ رقبته ليست من تجارته، ولذا لا يملك التصرف فيها بيعاً فلا يملك استخلاصاً بمال المولى إلاَّ أن ولي القتل لا يقبله بعد الصلح لأنَّه عفا عنه ببدله، ولا يجب عليه البدل للحال، ويتأخر إلى ما بعد العتق بخلاف المكاتب، حيث يجوز أنْ يصالح عن نفسه **(بخلاف صلحه)** أي المأذون **(عن نفسه عبد له)** أي للمأذون **(قتل رجلاً عمداً)** جاز صلحه لأنَّ تصرفه في عبده من باب التجارة، فيملك التصرف

. . . .

خلعاً) لو غير مزوجة (و) اعلم أنَّه **(يحرم عليه ديانة إنْ كان مبطلاً)** في دعواه، ويحل لها التزوج لعدم الدخول **(ولو صالحها بمال لتقرّ له بالنكاح جاز)** ويجعل زيادة في مهرها **(ولا يجوز إنْ ادعته المرأة)** فصالحها **(وقيل يجوز)** وصححه في درر البحار، وصحح الأول في المجتبى والاختيار **(ولا عن دعوى الحد)** مطلقاً لأنَّه حق الله تعالى فلا يعتاض عنه ويرد ما أخذه، ولو الإمام أو القاضي كحق عامة كصلحه عما أشرعه للطريق، نعم للإمام ذلك لو فيه صلاح المسلمين، ويضع في بيت المال، ذكره القهستاني **(وإن قتل عبد مأذون رجلاً عمداً وصالح عن نفسه لا يجوز)** لأنَّه ليس من باب التجارة فلم يلزم المولى، لكن يسقط به القود ويؤخذ بالبدل بعد عتقه **(بخلاف صلحه عن نفسه عبد له قتل رجلاً عمداً)** لأنَّه من

نفس عبد له قتل رجلاً عمداً وإنْ صالح عن مغصوب تلف بأكثر من قيمته جاز وقالا يبطل الفضل إنْ كان مما لا يتغابن فيه وإن بعرض صح مطلقاً اتفاقاً وإنْ أعتق موسر عبداً مشتركاً وصالح عن باقيه بأكثر من نصف قيمته بطل الفضل وإنْ بعرض صح ويجوز صلح المدعي بمال يدفعه إلى المنكر ليقر له، وبدل الصلح عن دم عمد أو على بعض دين

بيعاً واستخلاصاً (**وإنْ صالح**) الغاصب (**عن مغصوب تلف بأكثر من قيمته**) أي قيمة العبد قبل القضاء بالقيمة (**جاز**) يعني أنَّ من غصب ثوباً أو عبداً قيمته ألف أو استهلكه فصالحه، على ألفين جاز عند الإمام (**وقالا يبطل الفضل**) من قيمته (**إنْ كان مما لا يتغابن**) الناس (**فيه**) لأنَّ حقه في القيمة، والزائد عليها رباً، وله أنَّ حقه في الهالك باقٍ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فإذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً، فلا يكون رباً (**وإن**) صالح عنه (**بعرض صح مطلقاً**) أي سواء كانت قيمته أكثر من قيمة المغصوب أولاً (**اتفاقاً**) لأنَّ الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وإنما قلنا قبل القضاء لأنَّه إذا قضى القاضي بالقيمة، ثم صالحا بأكثر من قيمته لا يجوز إجماعاً كما في أكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيد كما قيدنا لكان أولى، قيد بكون الصلح على أكثر من قيمته بعد الاستهلاك إذ لو كان قبله يجوز اتفاقاً.

وكذا لو صالحه بغير جنسه يجوز اتفاقاً، وكذا لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالاً، وقبضه قبل الافتراق جاز بالإجماع كما في العناية (**وإنْ أعتق موسر عبداً مشتركاً**) بينه، وبين آخر (**وصالح**) الشريك (**عن باقيه بأكثر من نصف قيمته**) أي العبد (**بطل الفضل**) بالاتفاق، أما عندهما فظاهر، والفرق للإمام أنَّ القيمة في العتق منصوص عليه، وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي، فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لأنَّها غير منصوص عليها (**وإنْ**) صالحه (**بعرض صح**) كيف ما كان لما مر أنَّه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس قيد المعتق بقوله موسراً إذ لو كان معسراً لا تلزم عليه قيمة نصيب شريكه بل تلزم على العبد سعايته كما مر (**ويجوز صلح المدعي بمال يدفعه إلى المنكر ليقرّ له**) بالعين صورته رجل ادعى عيناً على رجل في يده فأنكره فصالحه على مال ليعترف له بالعين فإنَّه يجوز، ويكون في حق المنكر كالبيع

. . . .

تجارته والمكاتب كالحر (**وإن صالح**) عن مغصوب (**تلف**) أي هلك (**بأكثر من قيمته**) قبل القضاء بها (**جاز**) كصلحه بعرض (**وقالا يبطل الفضل إنْ كان لا يتغابن فيه**) كصلحه بعد القضاء (**وإن**) كان الصلح قبل التلف أو كان (**بعرض صح مطلقاً اتفاقاً**) فلا تقبل بينة الغاصب بعد صلحه على أنَّ قيمته أقل، كما لا رجوع له لو تصادقا بعده أنَّها أقل كما في التنوير، (**وإن عتق موسر عبداً مشتركاً وصالح عن باقية بأكثر من نصف قيمته بطل الفضل**) اتفاقاً لأنَّه مقدر شرعاً، وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلم تجز الزيادة عليه. (**قلت**): وهذا يضعف ما مر من صحته مطلقاً فتدبر (**وإنْ**) كان (**بعرض صح**) مطلقاً اتفاقاً لأنَّ الفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس (**ولا يجوز صلح المدعي بمال يدفعه إلى المنكر ليقر له**) ويكون في حق الملك كالبيع وفي حق المدعي كالزيادة في الثمن (و)اعلم أنَّ (**بل الصلح عن**

يدعيه يلزم الموكل لا الوكيل إلاَّ أنْ ضمنه وبدل ما هو كبيع يلزم الوكيل وإنْ صالح فضولي وضمن البدل أو أضاف إلى ماله أو أشار إلى عرض أو نقد بلا إضافة أو أطلق وسلم صح وكان متبرعاً وإنْ أطلق ولم يسلم توقف فإنْ أجازه المدعي عليه جاز ولزمه البدل وإلاَّ بطل.

وفي حق المدعي كالزيادة في الثمن كما في الاختيار (**وبدل الصلح عن دم عمد أو على بعض دين يدعيه**) على آخر من المكيلات والموزونات (**يلزم**) أي البدل (**الموكل لا الوكيل**) لأنَّ الصلح عن القود معاوضة بإسقاط الحق، والصلح على بعض الدين إسقاط محض، فالوكيل فيه سفير ومعبر، فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح كما مر في الوكالة (**إلاَّ إنْ ضمنه**) أي الوكيل البدل فإنَّه حينئذ يكون مؤاخذاً بعقد الضمان لا بعقد الصلح والاستثناء منقطع (**وبدل ما**) أي بدل صلح (**هو كبيع**) بأن كان الصلح عن مالٍ بمال مع إقرار (**يلزم**) البدل (**الوكيل**) لا الموكل لأنَّ الوكيل في المعاوضة المالية أصيل، وفي المعاوضة الإسقاطية سفير قيدنا مع إقرار، لأنَّه إذا كان الصلح مع إنكار لا يجب البدل على الوكيل مطلقاً كما في البحر، وما في الإصلاح من أنَّ كون البدل من غير جنس المصالح عنه ليس بشرط كيف، والصلح عن فرس بفرس جائز مخالف لما ذكر في أول الكتاب وهو قوله: صح مع إقرار كبيع إنْ وقع عن مال بمال من غير جنسه، ثم قال في تعليله لأنه إذا كان من جنسه فهو حط وإبراء أو قبض واستيفاء أو أفضل وربا تدبر (**وإن صالح فضولي**) أي صالح رجل عن رجل آخر بلا أمر (**وضمن**) الفضولي (**البدل أو أضاف إلى ماله**) أي إلى مال نفسه بأن قال: صالحتك على ألفي هذا أو على عبدي هذا (**أو أشار إلى عرض أو ونقد بلا إضافة**) بأن قال: صالحتك على هذا العبد، أو على هذا الألف (**أو أطلق**) بأنْ قال: صالحتك على ألف (**وسلم**) القدر المصالح عليه إلى المدعي (**صح**) الصلح، أما إذا ضمن البدل فلان الحاصل للمدعي عليه ليس إلاَّ البراءة، وفي حقها الأجنبي والمدعي عليه فيه سواء ويجوز أنْ يكون الفضولي أصيلاً إذا ضمن كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل، وأما إذا أضاف إلى ماله، فلأنَّه بهذه الإضافة التزم التسليم إلى المدعي وهو قادر على ذلك، فيجب عليه تسليمه، وأما إذا أشار إلى نقد أو عرض، فلأنَّه تعيين للتسليم بشرط، فيتم به الصلح، وأما إذا أطلق وسلم فلان التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (**وكان**) الفضولي (**متبرعاً**) لأنَّه فعله بلا إذن المدعي، وعليه (**وإنْ أطلق**) أي صالحتك

....

دم عمد **أو على بعض دين يدعيه**) على آخر من مكيل أو موزون إنما (**يلزم الموكل لا الوكيل**) لأنَّه إسقاط فكان الوكيل سفيراً (**إلاَّ إنْ ضمنه**) فيؤاخذ بضمانه لا بعقد الصلح، فالاستثناء منقطع، (**وبدل ما هو كبيع**) أي مال بمال عن إقرار (**يلزم الوكيل**) فلو عن إنكار فلا كما في التنوير، (**وإنْ صالح**) أو خالع (**فضولي**) مدعياً بلا أمر المدعي عليه (**وضمن البدل**) بأن قال للمدعي: صالح فلان على أني ضامن (**أو**) صالح و (**أضافَ**) الفضولي الصلح (**إلى ماله**) حقيقة كصالح فلاناً أو صالحتك على ألفي أو عبدي أو حكماً كصالحني من دعواك على فلان على كذا (**أو أشار إلى عرض أو نقد بلا إضافة**) كعلى هذه الألف أو العبد (**أو أطلق**) الصلح عن القيدين كعلي ألف أو عبد (**وسلم**) البدل (**صح**) الصلح في هذه

باب الصلح في الدين

الصلح عما استحق بعقد المداينة على بعض جنسه أخذ لبعض حقه وإسقاط لباقيه لا معاوضة فلو صالح عن ألف حال على مائة حالة أو على ألف مؤجل

على ألف **(ولم يسلم توقف)** أي صار الصلح موقوفاً على الإجازة **(فإنْ أجازه المدعي عليه جاز)** الصلح **(ولزمه البدل)** لالتزامه إياه باختياره هذا اختيار بعض المشائخ وقال بعضهم أنه ينفذ على المصالح ولم يتوقف إلا إذا لم يذكر البدل كما في القهستاني **(وإلاَّ)** أي، وإنْ لم يجزه **(بطل)** الصلح سواء كان المدعي عليه مقراً أولاً، والبدل عيناً أو ديناً لأنَّ المصالح هنا، وهو الفضولي لا ولاية على المطلوب، فلا ينفذ تصرفه عليه فيتوقف على إجازته وفي التنوير، والخلع في جميع ما ذكرنا من الأحكام كالصلح، ادعى وقفية أرض على آخر ولا بينة للمدعي على دعواه فصالحه المنكر لقطع الخصومة عنه جاز الصلح، وطاب له لو صادقاً، وقيل لا، كل صلح بعد صلح، فالثاني باطل.

وكذا الصلح بعد الشراء، أقام المدعي عليه بينة بعد الصلح عن إنكار أنَّ المدعي، قال: قبل الصلح ليس لي قبل فلان حق والصلح ماضٍ على الصحة، ولو قال المدعي: بعده ما كان لي قبل المدعي عليه حق بطل الصلح، والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح، وعن الباطلة لا، وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقاً، ويصح الصلح بعد حلف المدعي عليه دفعاً للنزاع بإقامة البينة وقيل لا، طلب الصلح والإبراء من المدعي عليه عن الدعوى لا يكون إقراراً بخلاف طلب الصلح، والإبراء عن المال صالح البائع من المشتري عن عيب، وظهر عدم ذلك العيب أو زال العيب بطل الصلح.

باب الصلح في الدين

وهو الذي ثبت في الذمة **(الصلح عما استحق بعقد المداينة)** مثل البيع نسيئة ومثل الإقراض **(على بعض جنسه)** كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة **(أخذ)** خبر المبتدأ **(لبعض حقه وإسقاط لباقيه)** لأنَّ تصحيح تصرف العاقل واجب، ما أمكن وقد أمكن

. . . .

الصور الخمسة بلا إجازة المدعي عليه **(وكان)** الفضولي **(متبرعاً)** في الكل إلاَّ إذا ضمن بأمره كما في الملتقط والحواشي العزمية **(وإن أطلق، ولم يسلم)** البدل **(توقف)** الصلح **(فإنْ أجازه المدعي عليه جاز، ولزمه البدل)** بالتزامه كما لو صالح بأمره أي إلاَّ في صورة الضمان فللمدعي مطالبة أيهما شاء، **(وإلاَّ بطل)** وقيل: لا يتوقف بل يصح على الفضولي إلاَّ إذا لم يذكر البدل، ذكره القهستاني معزياً للكفاية.

باب الصلح في الدين

من ذكر الخاص بعد العام للاهتمام **(الصلح عما استحق بعقد المداينة)** أو غيرها كالغصب لكنه خصها بالذكر حملاً لحال المسلم على الصلاح **(على بعض جنسه)** لا يخفى أنَّ الصلح على جنس الحق صلح على بعد الدين فليس فيه تسامح كما ظن **(أخذ لبعض حقه وإسقاط)** وإبراء **(لباقيه)** من الحق كمن

صح وكذا عن ألف جياد على مائة زيوف ولا يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل على نصفه حالاً أو عن ألف سود على نصفه بيضاً، ولو صالح عن ألف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح وإن قال: من له على آخر ألف إذ

ذلك فيحمل عليه (لا معاوضة) لإفضائه إلى الربا، ثم فرعه بقوله (فلو صالح) المديون داينه (عن ألف حال) في ذمته (على مائة حالة) بإسقاط ما فضل هو تسعمائة (أو) عن ألف حال (على ألف مؤجل) بإسقاط وصف الحلول فقط، هو حق له كالفضل (صح) الصلح (وكذا) صح لو صالح (عن ألف جياد على مائة زيوف) بإسقاط ما فضل وإسقاط وصف الجودة معاً، ولا يشترط قبض المبدل في هذه الصور، لكونه مداينة لا معاوضة (ولا يصح) لو صالح (عن دراهم) حالة (على دنانير مؤجلة) إلى شهر سواء عن إقرار أو إنكار لأنَّ الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة، فلا يمكن حمله على التأخير فتعينت المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز لكونه صرفاً (أو) صالحه (عن ألف مؤجل على نصفه حالاً) فإنَّه لا يصح أيضاً لأنَّ المعجل خير من المؤجل، وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حط عنه، وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام (أو) صالحه (عن ألف سود) جمع أسود أي دراهم مضروبة من نفرة سوداء مغلوبة الغش (على نصفه بيضاً) لأنَّه من دراهم سود لا يستحق البيض فقد صالح على ما لا يستحق بعقد المداينة، وكان معاوضة الألف بخمسمائة، وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما لو صالح على قدر الدين، وهو أجود كما لو صالحه عن ألف حال على ألف مؤجل أو صالحه عن ألف بيض على ألف سود جازٍ بشرط قبضه في المجلس لأنَّه إذا كان الذي يستوفيه، أدون من حقه قدراً ووصفاً ووقتاً أو في أحدها فهو إسقاط وإذا كان أزيد منه فمعاوضة (ولو صالح عن ألف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح) لأنَّه يجعل إسقاطاً للدنانير

. . . .

له على آخر ألف فصالحه على مائة كان أخذ المائة وأبرأ عن تسعمائة (لا معاوضة) للربا، وهذا قضاء لا ديانة إلاَّ إذا زاد أبرأتك إلاَّ إذا كان أخفاها لإمساكه باقيها بلا تأويل، أو أظهرها وجحد غصبها لأنَّه أبرأ عن العين كما يعلم من القهستاني والبرجندي ثم فرع على الأصل المذكور ثلاث مسائل فقال: (فلو صالح عن ألف حال على مائة حالة) فإنَّه أخذ المائة، وإسقاط لتسعمائة ولو كان معاوضة لبطل (أو) عن ألف حال (على ألف مؤجل صح) فإنَّه إسقاط لصفة الحلول والإلزام النسيئة، وفيه إشعار بأنَّه لم يصح على مائة مؤجلة، وفي صرف الظهيرية لو كان المستقرض جاحداً للقرض فالمائة إلى الأجل، ذكره القهستاني (وكذا عن ألف جياد على مائة زيوف) لما ذكرنا، ثم ابتدأ بكلام آخر غير عاطف على صح كما ظن فقال: (ولا يصح عن دراهم) حالة (على دنانير مؤجلة) لأنَّه صرف فلم يجز نسيئة (أو عن ألف مؤجل على نصفه حالاً) لأنَّه اعتياض عن الأجل وهو حرام، إلاَّ في صلح المولى مكاتبه فيجوز، ذكره الزيلعي (أو عن ألف سود) مغلوبة الغش (على نصفه بيضاً) لأنَّه ربا بخلاف عكسه لأنَّه إسقاط (ولو صالح عن ألف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح)، والأصل أنَّ الإحسان إنْ وجد

غدا نصفه على أنك بريء من باقيه ففعل بريء وإلاَّ فلا يبرأ خلافاً لأبي يوسف، وإنْ قال صالحتك على نصفه على أنك إنْ لم تدفع غداً النصف فالألف عليك، لا يبرأ إذا لم يدفع إجماعاً فإن قال: أبرأتك من نصفه على أنْ تعطيني نصفه غداً برىء من نصفه أعطى أو لم يعط، وكذا لو قال أد إلى نصفه على أنك بريء من باقيه ولم يوقت، ولو قال: إنْ

كلها، وللدراهم إلا مائة وتأجيلاً للمائة التي بقيت، فلا يحمل على المعاوضة لأنَّ فيه فساداً **(وإن قال: من له على آخر ألف إذ غدا نصفه)** أي نصف الألف **(على أنك بريء من باقيه ففعل)** من عليه الألف ذلك بأنْ قيل: وادي إليه في الغد النصف **(بريء)** عن النصف الباقي بالإنفاق **(وإلاَّ)** أي، وإنْ لم يؤد غداً بالنصف **(فلا يبرأ)** عند الطرفين **(خلافاً لأبي يوسف)** فإنَّه قال: يبرأ، وإنْ لم يؤد ولا يعود إليه النصف الساقط أبداً لأنَّه إبراء مطلق لأنَّه جعل الأداء عوضاً عن الإبراء نظراً إلى كلمة علي والأداء لا يصلح أنْ يكون عوضاً لوجوبه عليه، فصار ذكره كعدمه ولهما أنَّه إبراء مقيد بشرط الأداء، وأنَّه غرض صالح حذراً من إفلاسه أو يتوصل بها إلى ما هو الأنفع من تجارة رابحة أو قضاء دين، ودفع حبس، فإذا عدم الشرط بطل الإبراء وكلمة علي تحتمل الشرط فتحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحاً لكلامه، وعملاً بالعرف، وهذه المسألة على وجوه الأول ما ذكر، والثاني قوله: **(وإنْ قال: صالحتك على نصفه على أنَّك إنْ لم تدفع غداً النصف فالألف عليك، لا يبرأ إذا لم يدفع إجماعاً)** يعني: أن قبل وأدى إليه النصف في الغد بريء عن الباقي، وإلاَّ فالكل عليه بالإجماع لأنَّه أتى بتصريح التقييد، فإذا لم يوجد بطل، والثالث قوله: **(فإن قال: أبرأتك من نصفه على أنْ تعطيني نصفه غداً بريء)** جواب إنْ **(من نصفه أعطى)** النصف في الغد **(أو لم يعط)** لأنَّ الدائن أطلق البراءة في أول كلامه، ثم ذكر الأداء الذي لا يصلح عوضاً فبقي احتمال كون الأداء شرطاً، وهو مشكوك هنا لكونه مذكوراً مؤخراً عن البراءة، فلم يتحقق كونه شرطاً فبقي البراءة على الإطلاق فيصير الأداء وعدمه غير مقيد في حق البراءة بخلاف الأداء في الصورة الأولى لكونه مقيداً في البراءة لذكره في أول الكلام، وبهذا التقرير اتضح الفرق بين الصورتين، والرابع قوله: **(وكذا لو قال أد إلي نصفه على أنك بريء من باقيه لم يوقت)** للأداء وقتاً فإنَّه يصح الإبراء بالإجماع، ولا يعود الدين فإنَّه إبراء مطلق لأنَّه لما لم يوقت للأداء وقتاً، لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً لأنَّ الأداء

. . . .

من الدائن فإسقاط، وإن منهما فمعاوضة **(وإنْ قال: من له على آخر ألف إذ غدا نصفه على أنك بريء من باقيه ففعل بريء وإلاَّ فلا يبرأ)** بل يبقى دينهما كما كان عندهما **(خلافاً لأبي يوسف)** لأنَّه إبراء مطلق ولهما أنَّه إبراء مقيد بالشرط وقد فات، وهذا أحد وجوهها الخمسة، (و) ثانيها **(إنْ قال: صالحتك على نصفه على أنك إنْ لم تدفع غداً النصف فالألف عليك لا يبرأ إذا لم يدفع إجماعاً)**، لتصريحه بالتقييد (و) ثالثها **(إنْ قال: أبرأتك من نصفه)** ولم يقل غداً **(على أن تعطيني نصفه غداً بريء من نصفه أعطى أو لم يعط)** لأنَّه إبراء مطلق، ورابعها قوله **(وكذا لو قال: أد إلي نصفه على أنك بريء من باقية، ولم يوقت)**

أديت إلى نصفه فأنت بريء أو إذا أديت أو متى أديت لا يصح الإبراء وإنْ أدى ومن قال سراً لربِّ دينه لا أقر لك حتى تؤخر عني أو تحط بعضه ففعل جاز وإنْ أعلن لزمه للحال .

فصل

إنْ صالح أحد ربي الدين عن نصفه على ثوب فلشريكه أنْ يتبع المديون بنصفه أو يأخذ نصف الثوب إلاَّ إنْ يضمن له المصالح ربع الدين وإن قبض شيئاً من الدين شاركه شريكه

واجب على المديون في مطلق الأزمان، فلم يتقيد الإبراء فحمل على المعاوضة، ولا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم لأنَّ الأداء في الغد غرض صحيح كما في الهداية، والخامس قوله: **(ولو قال: إنْ أديت إلى نصفه فأنت بريء أو إذا أديت أو متى أديت)** إلى نصفه فأنت بريء **(لا يصح الإبراء وإنْ)** وصلية **(أدى)** نصفه لأنَّه تعليق بالشرط صريحاً والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك **(ومن قال)** أي المديون **(سراً لرب دينه لا أقرّ لك حتى تؤخر)** أي الدين **(عني أو تحط)** عني **(بعضه ففعل)** رب الدين التأخير أو الحط **(جاز)** أي التأخير، والحط لأنَّه ليس بمكره عليه، فصار نظير الصلح مع الإنكار، فلا يتمكن من مطالبته في الحال بعد التأخير، ولا من مطالبة ما حط في الحط أبداً **(وإنْ أعلن)** ما قاله سراً **(لزمه)** أي جميع الدين **(للحال)** أي بلا تأخير إنْ أخرَّ ولا حط إنْ حط.

فصـــل

في الدين المشترك والتخارج **(إنْ صالح أحد ربي الدين)** في دين **(عن نصفه)** أي الدين وهو نصيبه **(على ثوب فلشريكه)** الخيار إنْ شاء **(إنْ يتبع المديون بنصفه)** أي بنصف الدين لبقاء حصته في ذمته **(أو يأخذ نصف الثوب)** من شريكه لأنَّ له حق المشاركة لأنَّه عوض عن دينه **(إلاَّ أن يضمن)** أي الشريك **(له المصالح ربع الدين)** لأنَّ حقه في الدين لا في الثوب، ولا فرق بين

. . . .

لما قلنا (و) خامسها (**لو قال: إنْ أديت إلى نصفه فأنت بريء، أو إذا أديت أو متى أديت لا يصح الإبراء وإنْ أدى**) والأصل أنَّ الإبراء يبطل بالشرط صريحاً لا معنى فليحفظ (و) اعلم أنَّ **(من قال سراً لرب دينه: لا أقر لك حتى تؤخر عني أو تحط)** عني **(بعضه ففعل)** الدائن التأخير أو الحط **(جاز)** لأنَّه ليس بمكره عليه **(وإن أعلن)** ما قاله سراً **(لزمه)** الكل **(للحال)** ولو ادعى ألفاً وجحد فقال: أقرر لي بها على أنْ أحط منها مائة جاز بخلاف على أنْ أعطيك مائة لأنَّه رشوة، ولو قال: إنْ أقررت لي حططت لك منها مائة فأقر صح الإقرار لا الحط كما في المجتبى.

فصـــل

في التخارج وغيره **(إن صالح أحد ربي الدين)** المشترك بينهما بسبب متحد كثمن مبيع بيع صفقة واحدة أو دين موروث أو قيمة مستهلك مشترك **(عن نصفه)** المختص به **(على ثوب)** أي على خلاف جنس الدين **(فلشريكه)** الآخر **(إنْ يتبع المديون بنصفه)** المختص به، وضمير بنصفه للشريك أو للدين، ذكره القهستاني **(أو يأخذ نصف الثوب)** لأنَّ له حق المشاركة **(إلاَّ أنْ يضمن له المصالح ربع)** أصل

فيه واتبعا الغريم بما بقيَ وإنْ اشترى بنصيبه شيئاً ضمنه شريكه ربع الدين أو اتبع الغريم ومن أبرأ عن نصيبه أو قاص الغريم بدين سابق لا يضمن لشريكه وإن أبرأ عن البعض قسَّم الباقي على سهامه وإن أجل نصيبه لا يصح خلافاً لأبي يوسف وبطل صلح أحد ربي

أنْ يكون الصلح عن إقرار أو سكوت أو إنكار، ثم ههنا قيدان، الأول: أنْ يكون المصالح عنه ديناً لأنَّه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح، وليس لشريكه أنْ يشاركه فيه لكونه معاوضة، من كل وجه لأنَّ المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين، والثاني: أن يكون المصالح عليه ثوباً، والمراد خلاف جنس الدين لأنَّه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المديون، وليس للقابض فيه خيار لأنَّه بمنزلة قبض بعض الدين **(وإن قبض)** أحد الشريكين **(شيئاً من الدين شاركه شريكه فيه)** أي في الذي قبضه إذا لم يشاركه تلزم قسمة الدين قبل القبض، وهذا غير جائز فله أنْ يشاركه فيه إنْ شاء، لأنَّه عين حقه من وجه، وإنْ شاء رجع على الغريم لأنَّ حقه عليه في الحقيقة **(واتبعا)** أي رجعا الشريكان على **(الغريم)** أي المديون **(بما بقي)** من الدين لاستوائهما في الاقتضاء، ولو لم له المقبوض واختار متابعة الغريم، ثم توى نصيبه بأنْ مات المديون مفلساً رجع عن القابض بنصف ما قبض لكن ليس له أنْ يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة، بل يعود إلى ذمته **(وإنْ)** لم يصالح أحد الشريكين بل **(اشترى)** من الذي عليه الدين **(بنصيبه)** من الدين **(شيئاً)** فالآخر مخير إنْ شاء **(ضمنه شريكه ربع الدين)** لأنَّه صار قابضاً لنصيبه بالمقاصة، ولا ضرر عليه لأنَّ مبنى البيع على المماكسة، والمنازعة بخلاف الصلح لأنَّ مبناه على الخطيطة والمسامحة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به لأنَّه لم يستوف تمام نصف الدين، فلذا خيرناه **(أو اتبع الغريم)** إنْ شاء لأنَّ القابض استوفى نصيبه حقيقة، لكن له حق المشاركة، فله أنْ يشارك **(ومن أبرأ)** أحدهما ذمة المديون **(عن نصيبه أو قاص الغريم بدين سابق)** بأن كان للمطلوب على أحدهما دين قبل وجود دينهما عليه حتى صار دينه قصاصاً به **(لا يضمن لشريكه)** شيئاً في الصورتين، أما في الأولى فلأنَّ الإبراء إتلاف لا قبض، والرجوع يكون في المقبوض لا في المتلف، وأما في الثانية فلأنَّه قضى ديناً كان عليه، ولم يقبض لأنَّ الأصل في الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثاني، والمشاركة إنما تثبت في الاقتضاء **(وإنْ أبرأ)** أحدهما **(عن البعض)** أي بعض نصيبه **(قسم الباقي على**

(الدين) فلا يخير، ذكره القهستاني **(وإنْ قبض)** أحدهما نصيبه لو **(شيئاً من الدين شاركه شريكه فيه واتبعا)** كلاهما **(الغريم بما بقي)** لأنَّ قسمة الدين قبل قبضه لا تصح. **(قلت)**: وحيلة اختصاصه أنْ يهبه الغريم قدر دينه، ثم يبرئه أو يبيعه به كفاً من تمر مثلاً ثم يبرئه، وقد مر في الشركة ويأتي قريباً **(و)** قيد بالصلح لأنَّه **(إن اشترى بنصيبه شيئاً)** ثوباً وغيره **(ضمنه شريكه ربع الدين أو اتبع الغريم)** ولا سبيل لشريكه على لثوب مثلاً ل تملكه بالعقد كما لو كان الصلح عن عين مشتركة لأنَّه معاوضة **(ومن أبرأ عن نصيبه أو قاص الغريم بدين سابق لا يضمن لشريكه)** في الصورتين لأنَّه متلف أو قاصٍ لا قابض **(وإنْ أبرأ عن البعض قسم الباقي على سهامه)** ومثله المقاصة والغصب والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج

السلم عن نصيبه على ما دفع خلافاً له أيضاً وإنْ أخرج الورثة أحدهم عن عرض أو عقار بمال أو عن أحد النقدين بالآخر أو عنهما بهما صح قل البدل أو كثر وعن تقديم

سهامه) لأنَّ الحق عاد إلى هذا القدر، حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهماً فأبرأه أحدهما عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة، وللساكت المطالبة بالعشرة كما في الدرر **(وإن أجل)** أحدهما **(نصيبه لا يصح)** التأجيل عند الطرفين **(خلافاً لأبي يوسف)** فإنَّه يصح عنده اعتباراً بالإبراء المطلق، ولهما أنَّه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض كما في الهداية، وفي النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف، لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف، وذلك سهل لجواز أنْ يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع الإمام **(وبطل صلح أحد ربي السلم)** أي أحد الشريكين في سلم **(عن نصيبه على ما دفع)** من رأس المال، وهذا عند الطرفين لأنَّه يستلزم جواز قسمة الدين في الذمة وأنها لا تجوز **(خلافاً له)** أي لأبي يوسف **(أيضاً)** كما خالف في المسألة الأولى فإن عنده يجوز لأنَّه دين مشترك فإذا صالح أحدهما على حصته جاز كسائر الديون، كما في شرح الكنز للعيني وإنما شرط على دفع رأس المال لأنَّ الصلح على غير رأس المال، لا يجوز بالإنفاق لما فيه من استبدال المسلم فيه، وفي التنوير صالح أحد ربي سلم عن نصيبه على ما دفع فإنْ أجازه الآخر نفذ عليهما، وإنْ رده رد وبطل، ثم قال: وهذه العبارة أولى من قول الكنز، وهو اختيار المصنف، وبطل إلى آخره لأنَّه ليس بباطل بل هو صحيح موقوف إلا أنْ يراد به أنَّه سيبطل على تقدير عدم الإجازة انتهى **(وإنْ أخرج الورثة أحدهم عن عرض)** هي التركة **(أو)** أخرجوه عن **(عقار)** هي التركة **(بمال)** أعطوه له **(أو)** أخرجوه **(عن أحد النقدين بالآخر)** أي عن ذهب هو التركة بفضة دفعوها إليه أو عن فضة هي التركة بذهب دفعوه إليه **(أو عنهما)** أي عن النقدين **(بهما)** أي بالنقدين بأنْ كان في التركة دراهم ودنانير، وبدل الصلح أيضاً دراهم ودنانير **(صح)** هذا الصلح في الوجوه كلها **(قل البدل أو كثر)** صرفاً للجنس إلى خلافه كما في البيع لكن في الوجه الثاني، والثالث يعتبر التقابض في المجلس تحرزاً عن الربا لأنَّه صرف، ولا يعتبر التساوي والأصل في جواز التخارج أثر عثمان رضي الله تعالى عنه فإنَّه صالح امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه عن

. . . .

والصلح عن جناية عمد **(وإنْ أجل نصيبه لا يصح)** لأنَّه قسمة الدين **(خلافاً لأبي يوسف)** لأنَّه كالإبراء **(وبطل صلح أحد)** شريكي **(ربي السلم)** في مسلم **(عن نصيبه على ما دفع)** من رأس المال لأنَّه قسمة الدين قبل قبضه. **(قلت)**: وهذا إن رده شريكه، وأما إنْ أجازه نفذ عليهما كما لو كانا شريكين مفاوضين، ولو عنانا توقف أيضاً إنْ لم يكن من تجارتهما فقوله: تبعاً للكنز بطل بمعنى سيبطل على تقدير الرد كما في المنح تبعاً للبحر وغيره، فتنبه **(خلافاً له أيضاً)** كما في سلم المنظومة، والمجمع وذكر التوقف لا يفيد التوفيق كما ظن **(وإنْ أخرج الورثة أحدهم)** من التركة **(عن عرض أو عقار بمال)** أعطوه **(أو)** أخرجوه منها **(عن أحد النقدين بالآخر أو عنهما بهما صح)** في الكل صرفاً للجنس بخلاف

وغيرهما بأحد النقدين لا يصح إلاّ أنْ يكون المعطي بأحد النقدين أكثر من نصيبه من ذلك الجنس وإنْ بعرض جاز مطلقاً وإن في التركة دين على الناس فأخرجوا ليكون الدين لهم بطل الصلح، فإنْ شرطوا براءة الغرماء من نصيبه صح، وكذا إنْ قضوا حصته

ربع الثمن، وكان له أربع نسوة على ثمانين ألف دينار، بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم من غير نكير **(وعن تقديم)** وهما الذهب والفضة **(وغيرهما)** أي غير النقدين مثل العقار والعروض أراد أنَّ التركة إنْ كانت مشتملة على هذه الأجناس فأخرجوه **(بأحد النقدين)** يعني دفعوا إليه إما فضة أو ذهباً **(لا يصح إلاّ أن يكون المعطي)** بفتح الطاء أي الذي أعطوه **(أكثر من نصيبه من ذلك الجنس)** ليكون نصيبه بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة تحرزاً عن الربا، وذلك لأنَّ الصلح لا تجوز بطريق الإبراء لأنَّ التركة أعيان، والبراءة من الأعيان لا تجوز لكن لا بد من التقابض في المجلس فيما يقابل النقدين لأنه صرف في هذا القدر **(وإنْ)** صالحوا **(بعرض)** في هذه الصورة **(جاز مطلقاً)** لعدم الربا **(وإن)** كان **(في التركة دين على الناس فأخرجوا)** أي أخرجت الورثة أحدهم **(ليكون الدين لهم بطل الصلح)** لأنَّ فيه تمليك الدين الذي هو حصة المصالح من غير من غليه الدين، وهم الورثة فبطل، ثم تعدى البطلان إلى الكل لأنَّ الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند الإمام، وينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين إذا بين حصته، ثم ذكر لصحة الصلح حيلاً فقال: **(فإنْ شرطوا)** أي الورثة **(براءة الغرماء من نصيبه)** أي من الدين الذي هو نصيب المصالح **(صح)** الصلح لأنَّه إسقاط وتمليك للدين ممن عليه الدين وفي هذا الوجه ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على المديون بقدر نصيب المصالح، ونوع نفع لهم، حيث لا يبقى للمصالح حق فيما على المديون، فإذا وجد الضرر مع النفع في محل لا يعد مثل هذا الضرر ضرراً فتصير هذه الحيلة مقبولة عند البعض **(وكذا)** صح الصلح **(إنْ قضوا)** أي تعجلوا قضاء **(حصته)** أي حصة المصالح **(منه)** أي

. . . .

جنسه، كما مر، روى أنَّ عثمان رضي الله تعالى عنه صالح امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن نصف ربع ثمنها، وهو جزء من أربعة وستين جزءاً على ثلاثة وثمانين ألف دينار بحضرة الصحابة فكان إجماعاً **(قل البدل أو كثر)** عرف قدر حصته أو لا، بالإتفاق، ذكره الزيلعي وغيره، وسيتضح **(و)** إن أخرجوه **(عن نقدين وغيرهما بأحد النقدين لا يصح إلاّ أن يكون المعطى أكثر من نصيبه من ذلك الجنس)** تحرزاً عن الربا، وليس إبراء لأنَّه عن العين فتنبه، وفي الشرنبلالية، ولا بد من علمه بقدر نصيبه لاحتمال الربا، انتهى. زاد في الجلالية وحضور النقدين عند الصلح أو كونهما غصباً، في ضمان بقية الورثة، زاد ابن الملك والتقابض فيما يقابلهما لكونه صرفاً، وهذا كله في حالة التصادق على كونه وارثاً أما حالة التناكر فيجوز مطلقاً لأنَّه حينئذ ليس ببدل بل لقطع المنازعة، وأقره الشرنبلالي وغيره وهذا أيضاً لو بالنقد **(وإنْ بعرض جاز مطلقاً)** لعدم الربا **(وإن)** كان **(في التركة دين على الناس فأخرجوه ليكون الدين)** كله **(لهم بطل الصلح)** لأنَّ تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل، ثم ذكر لصحته ثلاث حيل فقال: **(فإن شرطوا براءة الغرماء من نصيبه صح)** لأنَّه تمليك الدين ممن عليه، **(وكذا)** صح

منه تبرعاً أو أقرضوه قدرها وأحالهم به على الغرماء وصالحوه عن غيره، وفي صحة الصلح عن تركة هي أعيان غير معلومة على مكيل أو موزون اختلاف، والأصح الجواز إنْ علم أنَّها غير المكيل أو الموزون إذا كانت كلها في يد البقية، وبطل الصلح، والقسمة إن كان على الميت دين مستغرق وإنْ غير مستغرق فالأولى أنْ لا يصالح قبل

من الدين (**تبرعاً**)، ثم تصالحوا عما بقي من التركة، ولا يخفي ما فيه من ضرر بقية الورثة، فالأولى ما ذكره بقوله (**أو أقرضوه**) أي أقرض بقية الورثة المصالح (**قدرها**) أي قدر حصته من الدين (**وأحالهم**) أي أحال المصالح الورثة (**به**) أي بالقرض الذي أخذه منهم (**على الغرماء**) وهم يقبلون الحوالة (**وصالحوه عن غيره**) أي عن غير الدين، بما يصلح أنْ يكون بدلاً صح، وفي التبيين ولا وجه منه أن يبيعوا كفاً من تمر أو نحوه بقدر الدين، ثم يحيلهم على الغرماء، أو يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه، ثم يأخذوه لأنفسهم (**وفي صحة الصلح عن تركة هي أعيان غير معلومة على مكيل أو موزون اختلاف**) قال الإمام المرغيناني لا يصح لاحتمال الربا بأنْ كان في التركة المجهولة مكيل أو موزون، ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح، وقال الفقيه أبو جعفر: يصح لاحتمال أنْ لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح، وعلى تقدير كونه، يحتمل أنْ لا يكون نصيبه قل من بدل الصلح فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة، ولا عبرة بها هذا هو الصحيح، كما في التبيين وغيره (**والأصح الجواز إنْ علم أنَّها**) أي التركة (**غير المكيل أو الموزون**) والأولى بالواو كما في الهداية وغيرها (**وإذا كانت كلها**) أي كل التركة (**في يد البقية**) أي بقية الورثة لأنَّ التركة قائمة في أيديهم فالجهالة فيها لا تفضي إلى النزاع لعدم الحاجة إلى التسليم حتى لو كان بعض التركة في المصالح، ولا يعرفه بقية الورثة، لا يجوز، وقيل: لا يصح لأنَّه بيع إذ المصالح عنه عين، ومع الجهالة لا يصح البيع (**وبطل الصلح، والقسمة إنْ**

. . . .

(**إنْ قضوا حصته منه تبرعاً**) وأحالهم بحصته (**أو أقرضوه قدرها وأحالهم به**) أي بالقرض (**على الغرماء**) وقبلوا الحوالة (**وصالحوه عن غيره**) وهذه الثلاثة أحسنها ذكره ابن الكمال وغيره. (**قلت**) ولا يخلو أيضاً عن ضرر التقديم والأوجه منه أنْ يبيعوه كفاً من تمر مثلاً بقدر الدين، ثم يحيلهم على الغرماء، ذكره ابن الملك، وقدمناه آنفاً فليحفظ (**وفي صحة الصلح عن تركة**) مجهولة (**هي أعيان غير معلومة**) ولا دين فيها (**على مكيل أو موزون**) متعلق بصلح (**اختلاف**)، والصحيح الصحة ذكره الزيلعي وعزمي والشرنبلالي وغيرهم، لعدم اعتبار شبهة الشبهة، وقال ابن الكمال: إنَّ في التركة جنس بدل الصلح لم يجز وإلاَّ جاز، وإنْ لم يدر فعلى الاختلاف (**والأصح الجواز إن**) كانت أعيانها غير معلومة و (**علم أنَّها غير المكيل أو الموزون**) لا مطلقاً بل (**إذا كانت**) الأعيان (**كلها في يد البقية**) من الورثة لأنَّ الجهالة حينئذ غير مفضية إلى المنازعة لقيامها في يد بقية الورثة فلم يحتج للتسليم، كمن أقرَّ بغصب شيء فباعه المقر له منه جاز وإنْ جهلا قدره حتى لو كانت الأعيان كلها أو بعضها في يد المصالح لم يجز حتى يعلم جميع ما في يده للحاجة إلى التسليم، كما في شرح المجمع وغيره. (**قلت**): فاستفيد منه أنَّ ما يحتاج لتسليمه تلزم معرفته وما لا فلا فليحفظ (**وبطل الصلح والقسمة إنْ كان على الميت دين مستغرق**) للتركة

قضائه ولو فعل قالوا يجوز والقسمة تجوز قياساً لا استحساناً، وقيل القياس أنْ يوقف الكل والاستحسان أن يوقف قدر الدين ويقسم الباقي.

كان على الميت دين مستغرق) للتركة لأنَّ التركة لم يتملكها الوارث إلاّ أنْ يضمن الوارث الدين بشرط أنْ لا يرجع في التركة أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت **(وإنْ)** كان الدين **(غير مستغرق فالأولى أنْ لا يصالح قبل قضائه)** أي قضاء الدين لحاجته إلى تقدم القضاء **(ولو فعل)** وصالح **(قالوا يجوز)** لأنَّ التركة لا تخلو عن قليل دين، والدائن قد يكون غائباً ف تضرر الورثة بالتوقف على مجيئه، والدائن لا يتضرر لأنَّ على الورثة قضاء دينه **(والقسمة تجوز قياساً)** لما مر من أنَّ التركة لا تخلو عن قليل دين، فتقسم نفياً للضرر عن الورثة **(لا)** تجوز **(استحساناً)** وهو قول الكرخي لأنَّ الدين يمنع تملك الوارث إذ ما من جزء من التركة إلاّ وهو مشغول بالدين، فلا تجوز القسمة قبل قضائه **(وقيل القياس أنْ يوقف الكل)** لما مر من أنَّ الدين يتعلق بكل جزء من التركة **(والاستحسان أنْ يوقف قدر الدين ويقسم الباقي)** لدفع الضرر عن الورثة، وفي التنوير وإذا أخرجوا واحداً فحصته تقسم بين الباقي على السواء، إنْ كان ما أعطوه من مالهم غير الميراث المشترك بينهم، وإنْ كان ما أعطوه له مما ورثوه من مورثهم فعلى قدر ميراثهم،

. . . .

إلاّ أن يضمن الوارث الدين بأنَّ رجوع أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت أو يوفي من مال آخر **(وإنْ)** كان **(غير مستغرق فالأولى أنْ لا يصالح)** ولا يقسم **(قبل قضائه)** للدين **(ولو فعل)** الصلح والقسمة **(قالوا يجوز)** ذلك **(والقسمة تجوز قياساً)** لأنَّ التركة لا تخلو عن قليل دين فلو وقف الكل تضرر الورثة **(لا استحساناً)** لأنَّ الدين يمنع تملك الورثة إذ ما من جزء إلاّ وهو مشغول بالدين حتى لو استغرقها لم يتملكوها **(وقيل القياس أنْ يوقف الكل)** لتعلقه بكل جزء **(والاستحسان أنْ يوقف قدر الدين)** دفعاً لضرر الدائن، ولئلا يحتاجون لنقض القسمة، **(ويقسم الباقي)** دفعاً لضرر الورثة والأولى أنْ لا يفعلوا حتى يقضوا الدين كما مر.

كذا اعتمده في المنح تبعاً للبحر وغيره. (تتمة): لو أخرجوا أحدهم فحصته تقسم بين باقيهم بالسوية، لو ما أعطوه من غير إرثهم، ولو منه فعلى قدر إرثها والموصي له كوارث فيما ذكر، ولو صالحوا أحدهم، ثم ظهر للميت دين أو عين لم يعلموها هل يكون داخلاً في الصلح الأصح لا، صالح أحدهم على أن يكون له بخاصته فهو له خاصة، برهن الغريم بعد الصلح على الإيفاء قبل ما ادعى مالاً أو غيره فاشترى دعواه رجل جاز، وقام مقامه في الدعوى وما استحقه فله، ولو جحد ولا بينة فله أنْ يرجع على المدعي لأنَّه معاوضة، ادعى وقفية أرض، ولا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز وطاب له لو صادقاً، وقيل: لا كل صلح بعد صلح فالثاني باطل.

وكذا الصلح بعد الشراء، الصلح إنْ كان بمعنى المعاوضة ينتقض بنقضهما وإنْ كان لا بمعناها،

. . . .

والموصي له كوارث فيما قدمناه صالحوا أحدهم، ثم ظفر للميت دين أو عين، لم يعلموها هل يكون داخلاً في الصلح فيه قولان أشهرهما أي القولين: لا يكون داخلاً فيه.

. . . .

فلا ويصح بعد حلف المدعي عليه دفعاً للنزاع وقيل لا، طلب الصلح والإبراء عن الدعوى لا يكون إقراراً بخلاف طلب الصلح والإبراء عن المال صالح عن عيب أو دين وظهر عدمه أو زال بطل الصلح، ويرد ما أخذ كما في التنوير، وتمامه فيما علقته عليه، ونظم الأخير شارح الوهبانية فقال: وصح على الإبراء من كل غائب، ولو زال عيب عنه صالح يهدر.

كتاب المضاربة

وآخرون يضربون في الأرض هي شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب

كتاب المضاربة

هي مفاعلة من الضرب في الأرض، وهو السير فيها قال الله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض﴾ يعني الذين يسافرون في التجارة، وسمي هذا العقد بها لأنَّ العامل فيه يسير في الأرض غالباً لطلب الربح، وأهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وقراضاً، لأنَّ صاحب المال يقطع قدراً من ماله، ويسلمه للعامل وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة للنص، وفي الشرع (**هي**) أي المضاربة (**شركة في الربح**) بأن يقول رب المال: دفعته مضاربة أو معاملة على أنْ يكون لك من الربح جزء معين كالنصف أو الثلث أو غيره، ويقول المضارب: قبلت، ففيه إشعار بأنَّ كلاً من الإيجاب والقبول ركن، والظرف للشركة (**بمال من جانب**)، وهو جانب رب المال (**وعمل من جانب**) آخر، وهو جانب المضارب وهي مشروعة

. . . .

كتاب المضاربة

هي لغة مفاعلة من الضرب في الأرض، وهو السير فيها، وآثرها على المقارضة، والقراض موافقة لنص يضربون في الأرض نعم هو أغلبي وشرعاً (**شركة في الربح**) بجزء منه معين (**بمال من جانب**) ربِّ المال ولو متعدداً (**وعمل من جانب**) المضارب.

كذلك لكن يخرج منه ما إذا كان العمل منهما فإنَّه مضاربة كما يأتي وشرطها سبعة أمور: كون رأس المال ثمناً معلوماً عيناً مسلماً للمضارب، وكون الربح شائعاً معلوماً حظ كل منه مشروطاً حظ المضارب منه حتى لو شرطه من رأس المال أو منه، ومن الربح فسدت كما يأتي وحكمها سبعة أنواع

والمضارب أمين فإذا تصرف فوكيل فإن ربح فشريك وإنْ خالف فغاصب وإنْ شرط كل الربح له فمستقرض وإنْ شرط لرب المال فمستبضع وإنْ فسدت فأجير فله أجر مثله ربح أو لم يربح ولا يزاد على ما شرط له عند أبي يوسف خلافاً لمحمد ولا يضمن المال فيها

للحاجة إليها فإنَّ الناس بين غني بالمال غني عن التصرف فيه، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عن المال فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لتنتظم مصلحة الغني والذكي والفقير، والغني، وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقررهم عليه، وتعاملت به الصحابة رضي الله تعالى عنهم **(والمضارب أمين)** ابتداء لأنَّه قبض المال بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة، والحيلة في أنْ يصير المال مضموناً على المضارب أنْ يقرضه من المضارب ويشهد عليه، ويسلمه إليه، ثم يأخذه منه مضاربة، ثم يدفعه إلى المستقرض يستعين به في العمل بجزء شائع من الربح، فإذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط وأخذ رأس المال على أنَّه بدل القرض، وإنْ لم يربح أخذ رأس المال بالقرض وإنْ هلك المال هلك على المستقرض، وهو العامل، وذكر الزيلعي حيلة أخرى فليطالع **(فإذا تصرف)** المضارب في المال **(فوكيل)** لأنَّه متصرف في ملكه بأمره، ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل **(فإنْ ربح)** منه **(فشريك)** لرب المال لأنَّه هو المقصود من عقد المضاربة **(وإنْ خالف)** المضارب شرط رب المال **(فغاصب)** ولو أجاز بعده لوجود التعدي منه على مال غيره، فصار غاصباً فيضمن وبه قالت الأئمة الثلاثة، وأكثر أهل العلم، وعن علي كرم الله تعالى وجهه والحسن والزهري أنَّه لا ضمان كما في الشمني **(وإنْ شرط كل الربح له)** أي للمضارب **(فمستقرض)** فإنَّ استحقاق كل الربح لا يكون إلاَّ بعد أنْ يصير رأس المال ملكاً له، لأنَّ الربح فرع المال واشتراطه له يوجب تمليكه رأس المال اقتضاء **(وإنْ شرط)** كل الربح **(لرب المال فمستبضع)** حيث يكون عاملاً لرب المال بلا بدل، وعمله لا يتقوم إلاَّ بالتسمية فكأنه كان وكيلاً متبرعاً **(وإنْ فسدت)** المضاربة بشيء **(فأجير)** لأنَّ المضارب عامل لرب المال، وما شرطه له كالأجرة على عمله، ومتى فسدت ظهر معنى الإجارة فلا ربح حينئذ لأنَّه يكون في المضاربة الصحيحة، ولما فسدت صارت إجارة **(فله)** أي للمضارب **(أجر مثله)** أي أجر مثل عمله، كما هو حكم الإجارة الفاسدة **(ربح أو لم يربح)** وبه قال الشافعي لأنَّه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض

. . . .

أيضاً، ذكره بقوله **(والمضارب أمين)** فهي إيداع ابتداء قبل التصرف **(فإذا تصرف فوكيل)** حكماً عند علمه **(فإنْ ربح فشريك)** حكماً **(وإن خالف فغاصب)** حكماً وإنْ أجاز المالك بعده والربح للمضارب، لكنه غير طيب عند الطرفين **(وإنْ شرط)** عند عقد المضاربة **(كل الربح له فمستقرض)** حكماً، وإنْ كان بلفظ المضاربة **(وإن شرط)** كل الربح **(لرب المال فمستبضع)** حكماً أي فيكون وكيلاً متبرعاً، وهذا معنى البضاعة ذكره الشمني **(وإنْ فسدت)** فإجارة أو شركة أو مزارعة فاسدة حكماً أي **(فأجير فله أجر مثله ربح أو لم يربح)** على المذهب إلاَّ في وصي أخذ مال يتيم مضاربة فاسدة، فلا شيء له إذا عمل كما في التنوير وغيره، **(ولا يزاد)** له **(على ما شرط له عند أبي يوسف)** وهو المختار **(خلافاً لمحمد)** فعنده له

أيضاً، ولا تصح المضاربة إلاّ بمال تصح به الشركة وإن دفع عرضاً وقال بعه واعمل في ثمنه مضاربة أو قال اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جازت أيضاً. وشرط تسليم

بالعمل مجاناً فيجب أجر المثل، وإنْ لم يربح في رواية الأصل، وعن أبي يوسف لا أجر له إذا لم يربح اعتباراً بالمضاربة الصحيحة **(ولا يزاد)** أجر مثل عمله **(على)** قدر **(ما شرط له)** من الربح **(عند أبي يوسف)** لأنَّه رضي به، وهو المختار **(خلافاً لمحمد)** فإنَّ له أجر المثل عنده بالغاً ما بلغ، وبه قالت الأئمة الثلاثة: **(ولا يضمن)** المضارب **(المال)** بالهلاك **(فيها)** أي المضاربة الفاسدة **(أيضاً)** أي كما لا يضمنه في المضاربة الصحيحة لأنَّ أمين، فلا يكون ضميناً، وهذا ظاهر الرواية وبه يفتي، وعن محمد أنَّه يضمن كما في القهستاني، وقال الطحاوي: عدم الضمان قول الإمام، وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه، وقال الاسبيجابي: والأصح أنَّه لا ضمان على قول الكل كما في العناية **(ولا تصح المضاربة إلاّ بمال تصح به الشركة)** من النقدين، والتبر والفلس النافق لكن في الكبرى، إنَّ في المضاربة بالتبر روايتين، وعن الشيخين أنَّها تصح بالفلس ولم تصح عند محمد وعليه الفتوى، كما في القهستاني **(وإن دفع عرضاً وقال بعه واعمل في ثمنه مضاربة)** فقبل **(أو قال اقبض مالي على فلان)** من الدين **(واعمل به مضاربة)** فقبل **(جازت أيضاً)** كما تصح به الشركة لأنَّ المضاربة في المسألة الأولى أضيف إلى ثمن العرض، وهو مما تصح فيه المضاربة، وفي الثانية أضيفت إلى زمان القبض، والدين إذا قبض صار عيناً فيجوز هذا العقد، **بخلاف ما لو قال اعمل بالدين الذي في ذمتك، فإنَّه لا يجوز اتفاقاً**، وفي المنح، ولو قال: اقبض ديني، على فلان، ثم اعمل به مضاربة، فعمل قبل أنْ يقبض كله ضمن، ولو قال: فاعمل به لا يضمن، وكذا بالواو، لأنَّ ثم للترتيب، فلا يكون مأذوناً بالعمل، إلاَّ بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو، فإنَّه يكفي قبض البعض.

كذا في بعض المعتبرات لكن في القول بأنَّ الفاء كالواو في هذا الحكم نظراً لأنَّ ثم يفيد الترتيب، والتراخي والفاء يفيد التعقيب والترتيب، فينبغي أن لا يثبت الإذن فيها قبل القبض، بل يثبت عقيبه بخلاف الواو، فإنها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب، وفي المجتبى لو قال: اشتر لي عبداً نسيئة، ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه، ثم باعه وعمل فيه جاز، ولو قال ربُّ المال للغاصب أو المستودع أو المبضع اعمل بما في يدك مضاربة جاز

. . . .

أجر مثله بالغاً ما بلغ إذا ربح وقيل: أعم. ذكره القهستاني (و) الفاسدة **(لا يضمن المال فيها أيضاً)** كالصحيحة لأنَّه أمين وعليه الفتوى، وعن محمد يضمن وسيجيء **(ولا تصح المضاربة إلاّ بمال تصح به الشركة)** من النقدين، والتبر والفلوس النافقة، لكن في الكبرى لا تصح عند محمد بالفلوس، وعليه الفتوى فتفسد بالعروض (و) لكن **(إن دفع عرضاً، وقال: بعه واعمل في ثمنه مضاربة، أو قال: اقبض**

المال إلى المضارب بلا يد لرب المال فيه عاقداً كان أو غير عاقد كالصغير إذا عقدها له وليه وأحد الشريكين إذا عقدها الآخر وكون الربح بينهما مشاعاً فتفسد إنْ شرط لأحدهما عشرة دراهم مثلاً وكل شرط يوجب جهالة الربح يفسدها وما لا فلا ويبطل

(وشرط تسليم المال إلى المضارب بلا يد لرب المال فيه) لأنَّ تخلية المال للعامل واجب للتمكن من التصرف فيه، حتى لو شرط عمل رب المال معه لفسدت المضاربة، لأنَّ ذلك مخل بالتسليم بخلاف الشركة **(عاقداً كان)** رب المال **(أو غير عاقد كالصغير إذا عقدها)** أي المضاربة **(له)** أي للمضارب **(وليه)** أي ولي الصغير، وشرط عمل الصغير معه فإنَّه لا يجوز لأنَّ يد المالك ثابت له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى لمضارب **(وأحد الشريكين إذا عقدها)** أي المضاربة **(الآخر)** أي إذا دفع أحد المتفاوضين، أو أحد شريكي العنان، المال مضاربة، وشرط عمل شريكه معه، فإنَّه لا يجوز، لقيام الملك له فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد، حتى لو دفع الأب الوصي مال الصغير وشرط عمل نفسه، جاز لأنَّهما من أهل أنْ يأخذا مال الصغير مضاربةً بأنفسهما فجاز اشتراط العمل عليهما، بخلاف المأذون لو دفع ماله مضاربة، وشرط عمله معه فإنَّه لم يجز لأنَّ اليد المتصرفة ثابتة له، فنزل منزلة المالك، وفيه إشعار بأنَّ الوصي إذا دفع مال الصغير إلى نفسه مضاربة جاز، كما في الذخيرة، لكن ينبغي أنْ يزاد في هذه المسألة، أنَّ الوصي لا يجعل لنفسه أكثر مما يجعل لأمثاله كما قاله الطرسوسي (و) شرط **(كون الربح بينهما مشاعاً)** أي لا تصح المضاربة حتى يكون الربح مشاعاً بينهما، بأن يكون أثلاثاً أو منصفاً، ونحوهما لأنَّ الشركة لا تتحقق إلاَّ به، فلو شرط لأحدهما دراهم مسماة تبطل، فيكون الربح لرب المال وشرط كون نصيب كل من المضارب، ورب المال معلوماً عند العقد، وكون رأس المال معلوماً تسمية أو إشارة **(فتفسد)** المضاربة **(إنْ شرط لأحدهما عشرة دراهم مثلاً)** لأنَّ اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما، لأنه ربما لا يربح بالشرط فإذا لم يصح بقيت منافعه مستوفاة بحكم العقد، فيجب أجر المثل، وفي التنوير، ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال، وبعكسه فللمضارب **(وكل شرط يوجب جهالة الربح)** كشرط رب المال على المضارب أنْ يدفع إليه أرضه ليزرعها سنة أو داره ليسكنها سنة **(يفسدها)** أي المضاربة لأنَّه جعل بعض الربح عوضاً عن عمله، والبعض أجرة داره أو أرضه، ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته، وتسقط ما أصاب منفعة الدار **(وما)** أي كل شرط **(لا)** يوجب جهالة

. . . .

مالي على فلان، واعمل به مضاربة جازت أيضاً) لأنَّه أضافها إلى الثمن **(وشرط تسليم المال إلى المضارب بلا يد لرب المال فيه عاقداً كان أو غير عاقد كالصغير إذا عقدها له وليه واحد الشريكين إذا عقدها الآخر)** ليتمكن من العمل (و) شرط **(كون الربح بينهما مشاعاً فتفسد إنْ شرط أحدهما عشرة دراهم مثلاً)** لاحتمال أنْ لا يحصل من الربح إلاَّ ذلك القدر (و) اعلم أنَّ **(كل شرط يوجب جهالة الربح)**

الشرط كشرط الوضيعة على المضارب، وللمضارب في مطلقها أنْ يبيع ويشتري ويوكل بهما ويسافر ويبضع ويودع ويرهن ويرتهن، ويؤجر ويستأجر، ويحتال بالثمن على الأيسر وغيره ولو أبضع لرب المال صح، ولا تفسد به المضاربة وليس له أنْ يضارب إلاَّ بإذن رب المال أو بقوله له اعمل برأيك ولا أن يقرض أو يستدين أو يهب أو يتصدق إلاَّ

الربح (**فلا**) يفسد المضاربة (**و**) لكن (**يبطل الشرط**) لأنَّه لا يفضي إلى جهالة حصة العمل، إذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه (**كشرط الوضيعة**) وهي الخسران (**على المضارب**) لأنَّ الخسران جزء هالك من المال، فلا يجوز أنْ يلزم غير رب المال، لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح، ولا الجهالة فيه، فلا يفسد المضاربة لأنَّها لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة، ولأنَّ صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة (**وللمضارب في مطلقها**) أي مطلق المضاربة، وهو ما لم يقيد بمكان أو زمان أو نوع من التجارة نحو أنْ يقول: دفعت إليك هذا المال مضاربةً ولم يزد عليه (**أنْ يبيع ويشتري ويوكل بهما**) أي بالبيع والشراء (**ويسافر**) بمال المضاربة براً وبحراً ولو دفع المال في بلدة على الظاهر، وعن أبي يوسف لا يسافر، وبه قال الشافعي: وعن الإمام إنْ دفع إليه المال في بلده ليس له أنْ يسافر به، وفي القهستاني: ولا يسافر سفراً مخوفاً يتحامى الناس عنه في قولهم (**ويبضع**) من الإبضاع وهو أنْ يدفع إلى غيره ما لا يعمل فيه، ويكون الربح لربِّ المال (**ويودع ويرهن ويرتهن، ويؤاجر ويستأجر، ويحتال بالثمن على الأيسر وغيره**) لأنَّ كل ذلك من صنيع التجار (**ولو أبضع**) المضارب (**لرب المال صح، ولا تفسد به**) أي بالإبضاع (**المضاربة**)، وقال زفر: تفسد لأنَّ رب المال حينئذ متصرف في مال نفسه، وهو لا يصلح أنْ يكون وكيلاً فيه فيكون مسترداً له، ولنا أنَّ التصرف في مال المضاربة صار حقاً للمضارب، فيصلح أنْ يكون ربُّ المال وكيلاً عنه في التصرف فيه (**وليس له**) أي للمضارب (**أنْ يضارب**) مال المضاربة لآخر (**إلاَّ بإذن رب المال**) صريحاً (**أو بقوله له**) أي للمضارب (**اعمل برأيك**) لأنَّ الشيء لا يتضمن مثله، فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه كالوكيل، لا يملك التوكيل إلاَّ

....

ويوهم قطع الشركة فيه (**يفسدها وما لا فلا**) يفسد (**و**) إنما (**يبطل الشرط**) فقط، وما لا يفسد من الشروط فباطلة غير مفسدة (**كشرط الوضيعة**) أي الخسران (**على المضارب**) فلا يفسدها، وتبقى الوضيعة على رب المال، (**وللمضارب في مطلقها**) أي غير المقيدة بزمان أو غيره مما يأتي، وقد سمي في الاختيار المطلقة بالعامة والمقيدة بالخاصة (**أن يبيع ويشتري ويوكل بهما، ويسافر ويبضع ويودع ويرهن ويرتهن ويؤاجر ويستأجر، ويحتال بالثمن على الأيسر وغيره**) لأنَّ كل ذلك من توابع التجارة (**ولو أبضع**) المضارب (**لرب المال صح ولا تفسد به المضاربة**) بإبضاعه مالكها خلافاً لزفر، (**وليس له أنْ يضارب**) أو يشارك أحداً في مالها أو يخلطه بماله (**إلاَّ بإذن رب المال**) بالمضاربة والخلط نصاً (**أو بقوله له اعمل برأيك**) لأنَّ الشيء لا يستتبع مثله، ولا فوقه بالأولى (**ولا أنْ يقرض أو يستدين أو يهب،**

بتنصيص، فإنْ شرى بمالها بزا وقصره أو جمله بماله فهو متبرع وإنْ قيل له اعمل برأيك وله الخلط بماله والصبغ إنْ قيل له ذلك فلا يضمن به ويصير شريكاً بما زاد الصبغ وحصته له إذا بيع وحصة الثوب في المضاربة وإن قيدت ببلد أو سلعة أو وقت أو معامل

بقول الأصيل: اعمل برأيك بخلاف الإبضاع والإيداع، لأنَّهما دون المضاربة لا مثلها فيتضمنهما (**ولا**) أي ليس للمضارب (**أن يقرض أو يستدين**) بأنح يشتري بأكثر من مال المضاربة (**أو يهب أو يتصدق**) وإنْ قيل له: اعمل برأيك، لأنَّ المراد بهذا القول التعميم في كل ما هو من صنيع التجار، وهذا ليس من صنيعهم، إذ الربح المقصود عندهم لا يحصل بها (**إلاَّ بتنصيص**) من رب المال على الإقراض والاستدانة، والهبة والتصديق فحينئذ ملكها، وفرع على الاستدانة بقوله: (**فإنْ شرى بمالها**) أي المضاربة (**بزا**) بفتح الباء الموحدة والزاي المعجمة عند أهل الكوفة ثياب الكتان لا ثياب الصوف والخز، كما في المغر ب(**وقصره**) أي اغسله بأجرة من ماله من قصر يقصر بالضم قصراً وقصارةً، أو من قصر الثوب بالتشديد أي جمعه فغسله كما في القهستاني (**أو حمله**) من موضع إلى آخره (**بماله**) أي بمال المضارب لا بمالها (**فهو**) أي المضارب (**متبرع**) فلا يرجع بماله على رب المال (**وإنْ**) وصلية (**قيل له اعمل برأيك**) لأنَّه استدانة على المال، بلا إذن صريح، فلو قصر بالنشا فحكمه حكم الصبغ (**وله**) أي للمضارب (**الخلط بماله**) أي المضارب (**والصبغ**) بماله (**إنْ قيل له ذلك**) أي اعمل برأيك، والمراد من الصبغ أنْ يصبغه أحمر لعدم الخلاف في كونه زيادةً فيه بخلاف السواد، فإنَّه نقصان عند الإمام لكن إطلاق المصنف، يشعر أنه اختار قول الإمامين وسكت عن قول الإمام تتبع (**فلا يضمن**) المضارب (**به**) أي بالخلط، ولا بالصبغ فإنَّه مأذون فيه لأنَّ قوله: اعمل برأيك يتضمنه، فلا يكون به متعدياً (**ويصير**) المضارب (**شريكاً**) لرب المال (**بما زاد الصبغ**) فيه (**وحصته**) أي حصة قيمة الصبغ (**له**) أي للمضارب (**إذا بيع**) المصبوغ (**وحصة الثوب**) الأبيض (**في**) مال (**المضاربة**) حتى إذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ ألفاً ومصبوغاً ألفاً ومائتين، وكان الألف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله، وهو الصبغ بخلاف القصارة، والحمل وتمامه في العناية فليطالع (**وإنْ قيدت**) المضاربة (**ببلد**) معين بأن قال رب المال للمضارب دفعته مضاربة في الكوفة مثلاً (**أو سلعة**) أي متاع معين بأنْ قال: دفعته مضاربة في الكرباس

. . . .

أو يتصدق إلاَّ بتنصيص) فقط لا تعميم (**فإن**) عمم فاستدان بأنْ (**شرى بمالها بزاً**) بالزاي ثياب الكتان لا الصوف، والخز بلغة الكوفة، (**وقصره أو حمله بماله فهو متبرع، وإنْ قيل له: اعمل برأيك**) لعدم التنصيص (**وله الخلط بماله والصبغ، إنْ قيل له ذلك**) أي اعمل برأيك، وإلاَّ لا ما لم يكن الخلط متعارفاً (**فلا يضمن به ويصير شريكاً بما زاد الصبغ**) دون الحمل، والقصارة إلاَّ إذا قصر بالنشا لقيام عينه (و) الصبغ ونحوه (**حصته له إذا بيع وحصة الثوب**) غير المصبوغ (**في**) مال (**المضاربة**) فيقسم ثمنه عليهما.

معين فليس له أن يتجاوز كما في الشركة فإنْ تجاوز ضمن والربح له، فإنْ قال له عامل أهل الكوفة أو الصيارفة فعامل في الكوفة غير أهلها أو صارف مع غير الصيارفة لا يكون مخالفاً وكذا لو قال اشتر في سوقها فاشترى في غيره بخلاف قوله لا تشتر في غير السوق

مثلاً (**أو وقت**) معين بأنْ قال دفعته مضاربة بالصيف مثلاً (**أو معامل معين**) بأن قال: دفعته مضاربة لفلان (**فليس له**) أي للمضارب (**أن يتجاوز**) مما عينه المالك، لأنَّ المضاربة توكيل، وفي التخصيص فائدة لأنَّ التجارات تختلف باختلاف الأمكنة والأمتعة والأوقات والأشخاص.

وكذا ليس له أنْ يدفعه بضاعةً إلى من يخرجه من تلك البلدة، وقال مالك والشافعي إذا شرط المالك أن لا يشتري إلاَّ من رجل بعينه أو سلعة بعينها، أو ما لا يعم وجوده لا تصح المضاربة (**كما**) لا يتعدى الشريك (**في الشركة**) عما عينه الشريك الآخر بشيء منها (**فإنْ تجاوز**) المضارب بأن يخرج إلى غير ذلك البلد فتصرف فيه أو اشترى سلعة غير ما عينه أو في وقت غير ما عينه، أو باع مع غير من عينه (**ضمن**) لأنَّه صار غاصباً بالمخالفة، وكان المشتري له (**والربح له**) أي للمضارب، وعليه خسرانه، ثم قيل: يضمن بنفس الإخراج من البلد لوجود المخالفة، وقيل بل لا يضمن ما لم يشر لاحتمال عوده إلى البلد قبل الشراء، فإنْ عاد زال الضمان، فصار مضاربة على حاله بالعقد الأول (**فإنْ قال له**) أي قال المال لك للمضارب (**عامل أهل الكوفة أو**) عامل (**الصيارفة فعامل في الكوفة غير أهلها**) أي الكوفة (**أو صارف**) أي عامل معاملة الصرف (**مع غير الصيارفة لا يكون مخالفاً**) فيجوز لأن فائدة الأول التقييد بالمكان، وفائدة الثاني التقييد بالنوع، هذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك كما في الهداية (**وكذا**) لا يكون مخالفاً (**لو قال اشتر في سوقها**) أي الكوفة (**فاشترى في غيره**) أي غير سوق الكوفة لأنَّ أماكن المصر كلها سواء في السعر والنقد، والأمن فيجوز (**بخلاف قوله لا تشتر في غير السوق**) فإنَّه حينئذ لا يجوز لو اشتراه في غيره فيضمن لأنَّه صرح بالحجر والولاية إلى

. . . .

(**قلت**): هذا إذا لم يكن ربح، فإنْ كان بقدر حصته منه لم يضمن، ذكره ابن فرشته، وإنما لم يقيده بالأحمر اعتماداً على الغضب أو على تعبيره بالزيادة فتدبر، (**وإنْ قيدت**) ولو بعد العقد ما لم يصر المال عرضاً (**ببلد أو سلعة أو وقت، أو معامل معين**) أو نوع تجارة (**فليس له أن يتجاوز**) ما عينه (**كما في الشركة**) وقد تقدم (**فإن تجاوز ضمن والربح له**)، والوضيعة عليه للمخالفة وتعود بالعود للوفاق قبل تصرفه كما يأتي، (**فإنْ قال له عامل أهل الكوفة أو الصيارفة، فعامل في الكوفة غير أهلها أو صارف مع غير الصيارفة لا يكون مخالفاً**) لأنَّه تقييد بمكان ونوع (**وكذا لو قال: اشتر في سوقها**) أي الكوفة مثلاً (**فاشترى في غيره**) من أطرافها لم يكن مخالفاً لأنها كبقعة واحدة (**بخلاف**) ما إذا صرح بالنهى نحو (**قوله: لا تشتر في غير السوق**) لأنَّه صرح بالنهي، والولاية إليه كقوله: اتجر مع الأحرار لا العبيد أو البالغين لا الصبيان أو الرجال لا النساء، فإنْ خالف فقد خالف. (**قلت**): وهذا لو النهي مفيداً، ولو في

وإنْ قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة أو فاعمل به فيها أو خذه بالنصف فيها فهو تقييد بخلاف خذه واعمل به فيها وللمضارب أنْ يبيع بنسيئة ما لم يكن إجلالاً يبيع إليه

المالك. وفي العناية كلام فليطالع **(وإنْ قال)** المالك للمضارب **(خذ هذا المال تعمل به)** أي بالمال **(وفي الكوفة)** مرفوعاً أو مجزوماً **(أو)** خذ هذا المال **(فاعمل به)** أي بالمال **(فيها)** أي الكوفة **(أو خذه)** أي المال المضارب **(بالنصف فيها)** أي في الكوفة **(فهو تقييد)** فليس له أنْ يعمل في غير الكوفة لأنَّ قوله تعمل به تفسيراً لقوله خذه، والكلام المبهم إذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير.

وكذا قوله فاعمل به لأنَّه في معنى التفسير لأنَّ الفاء للوصل والتعقيب، والذي وصل الكلام المبهم، وتعقبه كان تفسيراً له.

وكذا لو قال: خذه مضاربة بالنصف في الكوفة لأنَّ الباء للالصاق فيقتضي أنْ يكون العمل فيه.

وكذا لو قال: خذه مضاربة بالنصف في الكوفة لأنَّ في الظرف، وإنما تكون البلدة ظرفاً إذا حصل الفاعل والفعل فيها، وكذا إذا قال: خذه مضاربة على أنْ تعمل بالكوفة لأنَّ على للشرط، فيتقيد به كما في التبيين **(بخلاف خذه)** أي المال مضاربة **(واعمل به فيها)** أي في الكوفة فإنَّه ليس بتقييد حتى لا يضمن في العمل في غيرها لأنَّ الواو للعطف، والشيء لا يعطف على نفسه، وإنما يعطف على غيره، وقد تكون للابتداء إذا كانت بعدها جملة فتكون مشورةً لا شرطاً للأول، والضابط أنَّ ربَّ المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء أو يمكن جعله مبنياً على ما قبله يجعل مبنياً عليه كما في الألفاظ الثلاثة السابقة التي تذكر في المتن، وإنْ استقام الابتداء به لا يبني على ما قبله، ويجعل مبتدأ كما في اللفظ الأخير **(وللمضارب أنْ يبيع بنسيئة)** معارفة عند التجار كسنة أو دونها **(ما لم يكن إجلالاً يبيع إليه التجار)** كعشرين سنة مثلاً وعند الأئمة الثلاثة لا يبيع بنسيئة إلاَّ بإذنه لأنَّ البيع بالنسيئة يوجب

. . . .

الجملة أما غير المفيد، فغير معتبر أصلاً كنهيه عن بيع الحال كما في البحر **(وإنْ)** ذكر بعد المضاربة ما لا يستقيم الابتداء به من أحد الألفاظ الثمانية كما إذا **(قال خذ هذا المال)** مضاربة بالكوفة أو في الكوفة أو **(تعمل به)** مرفوعاً أو مجزوماً **(في الكوفة)** أو بالكوفة فإنَّه تفسير له **(أو فاعمل به فيها)** فإنَّ الفاء أي في الكوفة للوصل **(أو خذه بالنصف فيها)** لأنَّ على للشرط واللام للتعليل، **(فهو تقييد)** في هذه الثمانية كما ذكرنا فليحفظ **(بخلاف)** ما إذا استقام الابتداء به نحو **(خذه واعمل به فيها)** بالواو، وبدونه فإنَّه ليس بتقييد، وشرط بل مشورة من المالك للمضارب فكأنه قال: إن فعلت كذا فهو أنفع وأحسن، كما في القهستاني عن المحيط، وعلله الزيلعي بأن الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره، وقد يكون للابتداء إذا كان بعد جملة فتكون مشورة لا شرطاً كما في الأول **(وللمضارب أنْ يبيع بنسيئة**

التجار وإنْ باع بنقد ثم أخر صح إجماعاً وله أنْ يأذن لعبد المضاربة في التجارة وليس له أن يزوج عبداً أو أمة من مالها ولا أنْ يشتري به من يعتق على ربّ المال فإن شرى كان له لا لها ولا أنْ يشتري من يعتق عليه إنْ كان في المال ربح فإن فعل ضمن وإنْ لم يكن ربح

قصر يد المضارب عن التصرف فيصير بمنزلة دفعه المال مضاربة، فلا يجوز إلاّ بالإذن، ولنا أنَّ البيع بالنسيئة من صنيع التجار، وهو أقرب إلى تحصيل الربح الذي هو مقصود رب المال فإنَّه بالنسيئة أكثر منه بالنقد، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب، وليس له أنْ يشتري سفينة للركوب، وله أنْ يستكريها اعتباراً لعادة التجار كما في الهداية **(وإنْ باع)** المضارب **(بنقد ثم أخر)** أي الثمن **(صح إجماعاً)** أما عندهما فإنَّ الوكيل يملك ذلك، فالمضارب أولى لأنَّ المضارب لا يضمن لأنَّ له أنْ يقابل، ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لأنَّه لا يملك ذلك، وأما عند أبي يوسف فلأنَّه يملك الإقالة، ثم البيع بالنسأ بخلاف الوكيل لأنَّه لا يملك الإقالة كما في الهداية **(وله)** أي للمضارب **(أنْ يأذن لعبد المضاربة)** أي العبد الذي اشتراه من مال المضاربة **(في التجارة)** في رواية المشهورة لأنَّه من صنيع التجار، وعن محمد لا يملك ذلك لأنَّه بمنزلة الدفع مضاربة **(وليس له)** أي للمضارب **(أن يزوج عبداً أو أمة من مالها)** أي مال المضاربة لأنَّ التزويج ليس للتجارة مع أنَّ عقد المضاربة يتضمن التوكيل بالتجارة، فلا يملك التزويج، وإنْ كان اكتساباً بجهة أخرى، وعن أبي يوسف أنَّ المضارب يزوج الأمة لأنَّه من الاكتساب إذ يستفيد به المهر، وسقوط النفقة من مال المضاربة، وفيه إشارة إلى أنَّه لا يحل وطء جارية المضاربة ربح أولاً، وأذن به أولاً كما في القهستاني **(ولا)** يجوز للمضارب **(أنْ يشتري به)** أي بمال المضاربة **(من يعتق على ربِّ المال)** سواء كان ذلك العتق بسبب القرابة كاشتراء ابن رب المال أو بسبب اليمين كقوله: إنْ ملكته فهو حلا لأنَّ حصول الربح، غير متصور بالعتق، فعقد المضاربة ينافيه **(فإنْ شرى)** المضارب به من يعتق عليه **(كان)** الشراء **(له)** أي لنفس المضارب ويضمن دفعاً للضرر **(لا لها)** أي لا يكون للمضاربة لأنَّ الشراء نافذ على المشتري لكونه أصيلاً في حق البائع **(ولا)** يجوز للمضارب **(أنْ يشتري من يعتق عليه)** أي على المضارب **(إنْ كان في المال ربح)** لأنَّه يعتق نصيبه، ويفسد نصيب رب المال بسببه أو يعتق على الاختلاف الذي مضى بيانه في العتق، والمراد من الربح هنا أنْ تكون قيمة العبد المشتري أكثر من رأس المال سواء

. . . .

ما لم يكن أجلاً لا يبيع إليه التجار) عملاً بعرفهم، ولذا كان له شراء دابة للركوب لا سفينة للركوب **(وإنْ باع بنقد ثم أخر)** تأخيراً متعارفاً **(صح إجماعاً)** لما ذكرنا **(وله أنْ يأذن لعبد المضاربة في التجارة)** على المشهور **(وليس له أنْ يزوج عبداً أو أمة من مالها)**، وعن الثاني له تزويج الأمة، وأفاد أنَّه لا يحل للمضارب وطئها ربح أو لا أذن أو لا كما في المضمرات **(ولا أنْ يشتري به)** أي بمالها **(من يعتق على رب المال)** بقرابة أو يمين **(فإن شرى كان له لا لها)** للضرر **(ولا أنْ يشتري من يعتق عليه إنْ كان في المال ربح)** هو هنا أنْ تكون قيمة هذا العبد أكثر من رأس كل المال فليحفظ **(فإنْ فعل ضمن)** لوقوع

صح، فإنْ حدث ربح بعد الشراء عتق نصيبه ولا يضمن بل يسعى المعتق في نصيب رب المال ولو اشترى المضارب النصف أمة بألف وقيمتها ألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعاه موسراً فصارت قيمته ألفاً ونصفه استسعاه ربُّ المال في ألف وربعه أو أعتقه ربَّ المال الغلام فإذا قبض الألف ضمن المدعي نصف قيمة الأمة.

كان في جملة رأس المال ربح أو لا حتى لو كان المال ألفاً فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فاعتقهما المضارب، لا يصح عتقه، وأما بالنسبة إلى استحقاق المضارب فإنَّه يظهر في الجملة ربح حتى لو أعتقهما ربُّ المال في هذه الصورة صح، وضمن نصيب المضارب منهما، وهو خمسمائة موسراً كان أو معسراً كما في المنح **(فإن فعل)** أي اشترى من يعتق عليه قيمته أكثر من رأس المال **(ضمن)** أي المضارب لأنَّه مشتري لنفسه **(وإنْ لم يكن)** في المال **(ربح صح)** شراؤه لأنَّه لا يعتق عليه إذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولاً برأس المال، فيمكنه أن يبيعه للمضاربة فيصح **(فإنْ حدث ربح بعد الشراء)** بأنْ كان قيمته وقت الشراء قدر رأس المال أو أقل، ثم ازدادت قيمته حتى صارت أكثر من رأس المال **(عتق نصيبه)** أي نصيب المضارب لكونه مالكاً قريبه **(ولا يضمن)** لرب المال شيئاً من قيمته لعدم صنعه في زيادتها فصار كما إذا ورثه مع غيره **(بل يسعى المعتق)** بفتح التاء **(في)** قيمة **(نصيب رب المال)** منه لاحتباس رأس المال، ونصيبه من الربح عنده **(ولو اشترى المضارب بالنصف أمة بألف وقيمتها)** أي الأمة **(ألف)** فوطئها **(فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعاه)** أي ادعا المضارب الولد حال كونه **(موسراً)** أي في حال يساره **(فصارت قيمته)** أي قيمة الولد **(ألفاً ونصف)** أي خمسمائة **(استسعاه)** أي الغلام إنْ شاء **(ربُّ المال في ألف وربعه)** أي ربع الألف، وهو مائتان وخمسون **(أو أعتقه ربُّ المال الغلام)** إنْ شاء **(فإذا قبض)** رب المال **(الألف)** من الغلام **(ضمن المدعي)** أي المضارب **(نصف قيمة الأمة)** وذلك لأنَّ دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهراً

. . . .

الشراء لنفسه كوكيل خالف. **(قلت)**: قدمنا في الوكالة، وخيار الشرط أيضاً أنَّ الشراء متى وجد نفاذاً نفذ إنْ على الآمر فبها، وإلاَّ فعلى المأمور كشراء شريك أو أب أو وصي محرماً فليحفظ لكثرة وقوعه **(وإنْ لم يكن ربح)** كما ذكرنا **(صح)** على المضاربة لعدم المانع **(فإنْ حدث ربح بعد الشراء عتق نصيبه، ولا يضمن)** لعتقه بلا صنعه **(بل يسعى المعتق في نصيب رب المال)** كوارثي عبد وأحدهما أبوه **(ولو اشترى المضارب بالنصف أمة بألف وقيمتها ألف)** فوطئها **(فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعاه موسراً فصارت قيمته)** أي الولد وحده كما ذكرنا **(ألفاً ونصفه)** أي وخمسمائة نفذت دعوته لوجود الملك بظهور الربح المذكور فعتق **(استسعاء رب المال في ألف وربعه)** إنْ شاء **(أو أعتقه)** إنْ شاء **(فإذا قبض الألف)** رب المال **(ضمن المدعي)** أي المضارب **(نصف قيمة الأمة)** ولو معسراً لأنَّه ضمان تملك ويحمل أنَّه تزوجها، ثم اشتراها حبلى منه، ولو صارت قيمتها ألفاً ونصفه صارت أم ولد، وضمن للمالك ألفاً وربعه لو موسراً ولا تسعى لو معسراً لأنَّها أم ولد فليحفظ.

باب

المضارب يضارب فإنْ ضارب المضارب بلا إذن فلا ضمان ما لم يعمل الثاني في ظاهر الرواية وهو قولهما وفي رواية الحسن عن الإمام لا يضمن بالعمل أيضاً ما لم يربح، وإنْ

لأنَّه يحمل على أنَّه ولد من النكاح، بأنَّ زوجها البائع له ثم باعها منه، وهي حبلى منه حملاً لأمره على الصلاح، لكن لا تقيد هذه الدعوة لدعم الملك، وهو شرط فيها إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال، فلا يظهر الربح فيه لما عرف أنَّ مال المضاربة إذا صارت أجناساً مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا لأنَّ بعضها ليس بأولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب في الأمة، ولا في الولد وإنما الثابت له مجرد حق التصرف، فلا ينفذ دعوته، فإذا زادت قيمته فصارت ألفاً وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة، فنفذت دعوته لوجود شرطها، وهو الملك بخلاف ما إذا أعتق الولد، ثم ظهر الربح حيث لا ينفذ اعتقاده السابق لأنَّه إنشاء، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه، وأما الدعوة فإخبار، فإذا ردَّ في حق غيره فهو باقٍ في حق نفسه فإذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته كما إذا أخبر بحربة عبد لغيره يرد إخباره، فإذا ملكه بعد ذلك صار حراً كما في الدرر هذا.

بـــاب

يقرأ بالتنوين وعدمه (**المضارب يضارب**) مع آخر مضاربة المضارب مركبة فلهذا آخرها عن المفرد (**فإنْ ضارب المضارب**) أي دفع المضارب مال المضاربة إلى آخر مضاربة (**بلا إذن**) من ربِّ المال (**فلا ضمان**) على المضارب إذا هلك المال بمجرد الدفع (**ما لم يعمل**) المضارب (**الثاني**) في المال، فإذا عمل ضمن الدافع ربح الثاني أولاً (**في ظاهر الرواية**) عن الإمام (**وهو قولهما، وفي رواية الحسن عن الإمام لا يضمن بالعمل أيضاً ما لم يربح**) أي الثاني، وقال زفر: يضمن بالدفع تصرف أو لم يتصرف، وهو رواية عن أبي يوسف، وهو قول الأئمة الثلاثة لأنَّه دفع ماله إلى غيره بلا أمر فيضمن، ولنا أنَّه كالإيداع قبل العمل، وهو يملك الإيداع بنفسه وجه ظاهر الرواية أنَّ الربح إنما يحصل بالعمل، فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله في

. . . .

بـــاب

تنوينه أظهر من عدمه (**المضارب يضارب**) مع آخر (**فإن ضارب المضارب بلا إذن فلا ضمان**) بالدفع (**ما لم يعمل الثاني**) ربح أولاً (**في ظاهر الرواية**) وبه يفتي، لو الثانية صحيحة كما يأتي (**وهو قولهما، وفي رواية الحسن عن الإمام لا يضمن بالعمل أيضاً ما لم يربح**) وعن الثاني يضمن بنفس

كانت الثانية فاسدة فلا ضمان وإنْ ربح وحيث ضمن فلرب المال تضمين أيهما شاء في المشهور، وقيل على الخلاف في إيداع المودع وإن أذن له بالمضاربة فضارب بالثلث وقد قيل له ما رزق الله بيننا نصفان أو فلي نصفه أو ما فضل فنصفان فنصف الربح لرب

صيرورة المال مضموناً به هذا إذا كانت المضاربة الثانية صحيحة (**وإنْ كانت الثانية فاسدة فلا ضمان**) على الأول (**وإنْ**) وصلية (**ربح**) الثاني لأنه أجير والأجير لا يستحق شيئاً من الربح فلا تثبت المضاربة، وله أجر مثله على المضارب الأول، فيكون الربح بين الأول ورب المال على ما شرطا له (**وحيث ضمن**) أي حيث لزم الضمان بعمل الثاني في ظاهر الرواية وبالربح في رواية الحسن عنه (**فلرب المال تضمين أيهما شاء**) بإجماع أصحابنا (**في المشهور**) من الرواية أي خير ربُّ المال إنْ شاء ضمن المضارب الأول رأس ماله لتعديه عليه، وإن شاء ضمن الثاني لقبضه بغير إذن المالك، وإنْ اختار ربُّ المال أنْ يأخذ الربح، ولا يضمن ليس له ذلك كما في المبسوط فإنْ ضمن الأول صحت المضاربة بينه، وبين الثاني لأنَّه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضيَّ به، فصار كما إذا دفع مال نفسه وكان الربح على ما شرطا، وإنْ ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول بالعقد لأنَّه عامل له كالمودع، ولأنَّه مغرور من جهته في ضمن العقد، وصحت المضاربة بينهما ويكون الربح بينهما على ما شرطا، ويطيب للثاني ما ربح لأنَّه يستحقه بالعمل ولا خبث في العمل، ولا يطيب للأول لأنَّه لا يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعري عن نوع خبث كما في الهداية (**وقيل على الخلاف في إيداع المودع**) أي يضمن الأول فقط، ولا يضمن الثاني عند الإمام وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع، فإنَّ عنده لا يضمن، وعندهما يتخير، والفرق بينهما للإمام أنَّ مودع المودع كان يقبضه لنفع الأول، فلا يكون ضامناً، أما المضارب الثاني فيعمل فيه لنفع نفسه، فجاز أنْ يكون ضامناً (**وإنْ أذن**) رب المال (**له**) أي للمضارب بالدفع إلى آخر (**بالمضاربة فضارب**) المضارب (**بالثلث و**) الحال أنَّه (**قد قيل له**) أي وكان رب المال قال للمضارب الأول: (**ما رزق الله بيننا نصفان أو**) ما رزق الله (**فلي نصفه أو ما فضل**) من رأس

. . . .

الدفع، قلنا: هو إيداع، وهو يملكه فإذا عمل كان مضاربة وهو لا يملكها (**وإن كانت الثانية فاسدة فلا ضمان**) على الأول (**وإن ربح**) الثاني لأنَّه أجير لا شريك (**وحيث ضمّن**) بتشديد الميم ولو باستهلاك الثاني (**فلرب المال تضمين أيهما شاء**) بإجماع أصحابنا (**في المشهور**) من المذهب واختاره في الاختيار وغيره، وليس له اختيار أخذ الربح (**وقيل على الخلاف في إيداع المودع**) أي لا يضمن الثاني عنده خلافاً لهما، وحيث ضمن الثاني رجع على الأول وصحت الثانية، والربح على ما شرطا، ويطيب للثاني دون الأول لأنَّه ملكه مستنداً (**وإن أذن له بالمضاربة فضارب بالثلث، وقد قيل له**) أي للأول (**ما رزق الله بيننا نصفان أو فلي نصفه أو ما فضل فنصفان**) فربح الثاني (**فنصف الربح لرب المال**) عملاً

المال وثلثه للثاني وسدسه للأول وإن دفع بالنصف فنصفه لرب المال ونصفه للثاني ولا شيء للأول وإن شرط للثاني الثلثين فكما شرط ويضمن الأول للثاني سدساً وإن كان قيل له ما رزقك الله تعالى أو ما ربحت بيننا نصفان فدفع بالثلث فلكل منهم ثلثه وإنْ دفع بالنصف فللثاني نصف ولكل من الأول ورب المال ربع ولو شرط لعبد رب المال ثلثاً

المال (**فنصفان**) فعمل الثاني وربح (**فنصف الربح لربِّ المال وثلثه للثاني**) أي للمضارب الثاني (**وسدسه للأول**) أي للمضارب الأولِ لأنَّ الدفع إلى الثاني مضاربة لأنَّه بإذن المالك، وقد شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى، وقد جعل المضارب الأول للثاني ثلثه فينصرف ذلك إلى نصيبه، لأنَّه لا يقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيئاً فيبقى للأول السدس، ويطيب ذلك لكلهم لأنَّ ربَّ المال يستحقه بالمال، وهما بالعمل (**وإن دفع**) المضارب الأول للثاني (**بالنصف**) والمسألة بحالها (**فنصفه**) أي الربح (**لرب المال ونصفه للثاني**) أي للمضارب الثاني (**ولا شيء للأول**) لأنَّ المالك شرط لنفسه جميع الربح فانصرف شرط الأول النصف للثاني إلى نصيبه، فيكون للثاني بالشرط، ويخرج الأول بغير شيء لأنَّه لم يبق له (**وإنْ شرط**) الأول (**للثاني الثلثين**) أي ثلثي الربح، والمسألة بحالها (**فكما شرط**) يعني لرب المال النصف للمضارب وللثاني الثلثان (**ويضمن**) المضارب (**الأول للثاني سدساً**) أي سدس الربح من ماله لأنَّ المالك شرط النصف لنفسه، فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الأول لأنَّ شرطه صحيح لكونه معلوماً، لكن لا ينفذ في حق المالك إذ لا يقدر أنْ يغير شرطه، فيغرم له قدر السدس تكملة للثلثين لالتزامه بالعقد (**وإنْ كان قيل له**) أي للمضارب الأول يعني قال له ربّ المال (**ما رزقك الله تعالى أو ما ربحت بيننا نصفان فدفع**) المضارب لآخر مضاربة (**بالثلث**) فعمل الثاني وربح (**فلكل منهم**) أي لكل واحدٍ من المالك، والمضارب الأول والثاني (**ثلثه**) لأنَّ ثلث الربح مشروط للثاني، وما بقي من الربح ثلثان وهو مرزوق للأول فنصف الثلثين هو الثلث لرب المال على ما شرط، ولا يبقى للأول إلاَّ الثلث، ويطيب لهم أيضاً (**وإنْ دفع**) المضارب لآخر مضاربة (**بالنصف**) في هذه الصورة (**فللثاني نصف**) الربح (**ولكل من**) المضارب (**الأول ورب المال ربع**) الربح لأنَّ الأول شرط للثاني نصف الربح، وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه، وقد جعل ربُّ المال لنفسه نصف ما ربح الأول، ولم يربح

. . . .

بشرطه (**وثلثه للثاني**)، لذلك (و) ما بقي وهو (**سدسه للأول وإنْ دفع بالنصف فنصفه لربِّ المال، ونصفه للثاني ولا شيء للأول**)، لجعله ما كان له للثاني، كمن استأجرته ليخيط ثوبك بدرهم، فاستأجر آخر ليخيطه به لأنَّه عقد على جميع حقه (**وإن شرط للثاني الثلثين**) والمسألة بحالها (**فكما شرط ويضمن الأول**) من ماله (**للثاني سدساً**) لأنَّه التزم ذلك بالتسمية (**وإنْ كان قيل**) له بالخطاب والمسألة بحالها (**ما رزقك الله أو ما ربحت**) فهو (**بيننا نصفان فدفع بالثلث فلكل منهم ثلثه وإنْ دفع بالنصف فللثان نصف**،

ليعمل معه ولرب المال ثلثاً ولنفسه ثلثاً صح وتبطل بموت أحدهما وبلحاق رب المال

إلاَّ النصف فيكون بينهما **(ولو شرط)** المضارب **(لعبد رب المال ثلثاً)** من الربح **(ليعمل)** العبد **(معه)** أي مع المضارب **(و)** شرط **(لرب المال ثلثاً)** من الربح **(ولنفسه ثلثاً صح)** ذلك لأنَّ اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية، والتسليم من المالك سواء عليه دين أو لا لأنَّ للعبد يداً معتبرة فيكون منفرداً خصوصاً إذا كان مأذوناً واشتراط العمل أذن له، فيكون حصته للمولى إنْ لم يكن على العبد دين، وإلاَّ فهو لغرمائه إنْ شرط عمله، وإلاَّ فهو للمولى، قوله معه عادي وليس بقيد بل يصح الشرط، ويكون للمولى، وإنْ لم يشترط عمله، قيد بعبد رب المال لأنَّ عند المضارب لو شرط له شيء من الربح، ولم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط لرب المال إذا كان على العبد دين لا يصح سواء شرط عمله أو لا، ويكون للمضارب وقيد بكون العاقد المولى لأنَّه لو عقدها المأذون مع أجنبي وشرط عمل مولاه لم يصح إنْ لم يكن عليه دين، وهو الأصح عند الإمام خلافاً لهما، وقيد باشتراط عمل العبد لأنَّ اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد، وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه أو عمل رب المال مع الثاني، ولو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو في الرقاب لم يصح، ويكون لرب المال، ولو شرط لمن شاء المضارب، فإنْ شاء لنفسه أو لرب المال صح وإنْ شاء لأجنبي لم يصح كما في البحر **(وتبطل)** المضاربة **(بموت أحدهما)** أي بموت المالك أو المضارب لكونها وكالة وهي تبطل به ولا يورث **(و)** تبطل أيضاً **(بلحاق رب المال)** بدار الحرب حال كونه **(مرتداً)** العياذ بالله تعالى إذا حكم بحقوقه من يوم ارتد، وانتقل ملكه إلى ورثته، فلم يتصرف المضارب بعد ذلك في المال إلاَّ إذا كان متاعاً أو عروضاً فبيعه وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال قيد بلحوقه، لأنَّه لو ارتد ولم يلحق وتصرفه موقوف، فإنْ عاد بعد لحقوقه مسلماً فالمضاربة على حالها كما في البحر بخلاف الوكيل، والفرق أنَّ محل التصرف خرج عن ملك الموكل، ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب، لكن ينبغي أن يكون هذا إذا لم يحكم بلحقوقه أما إذا

. . . .

ولكل من الأول ورب المال ربع) عملاً بالشرط **(ولو شرط لعبد رب المال ثلثاً ليعمل معه، ولرب المال ثلثاً ولنفسه ثلثاً صح)**، وصار العبد مأذوناً، وكان المشروط لغرمائه، لو مديوناً وإلاّ فللمولى كما لو يشرط عمله فإنَّه للمولى مطلقاً، كما في الشرنبلالية وعامة الكتب. **(قلت)**: وعزاه البرجندي للذخيرة على خلاف ما نقله القهستاني عنها، حيث ذكر أنَّه إنْ شرطه لعبده فالمشروط للمولى، ولو على العبد دين ولو شرطه لعبد المضارب أو لأجنبي ليعمل أي مع المضارب صح بالطريق الأولى، والمشروط للمضارب، والأجنبي ولو لم يشترط عمل أحد منهم صح العقد، والمشروط للمالك سواء كان على العبد دين أو لا، انتهى، فلتراجع الذخيرة، وقد وقع هنا في نسخ التنوير وشرحه لمصنفه خلط فليتنبه له، وبالله التوفيق، **(وتبطل)** المضاربة بلا شرط علم **(بموت أحدهما)**، وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما وبجنون أحدهما مطبقاً، فإنْ مات المضارب، والمال عروض باعها وصيه، ولو مات رب المال والمال نقد تبطل في حق التصرف ولو عرضاً تبطل في حق المسافرة لا التصرف، فله بيعه بعرض

مرتداً لا بلحاق المضارب ولا ينعزل بعزله ما لم يعمل به فإنْ علم والمال عروض فله بيعها ولا يتصرف في ثمنها وإن كان نقداً من جنس رأس المال لا يتصرف فيه وإنْ من غير جنسه فله تبديله بجنسه استحساناً ولو افترقا وفي المال دين على الناس لزمه

حكم، فلا تعود المضاربة لأنَّها بطلت كما هو ظاهر كلام الإتقاني، لكن في العناية تعود سواء حكم بلحاقه أو لا (**لا**) تبطل المضاربة (**بلحاق المضارب**) اجماعاً لأنَّ تصرفات المرتد إنما تتوقف عند الإمام للتوقف في أملاكه، ولا ملك للمضارب في مال المضاربة فبقيت المضاربة على حالها، فإنْ مات أو قتل أو لحق وحكم بلحاقه بطلت المضاربة كما في السراج (**ولا ينعزل**) المضارب (**بعزله**) أي بعزل رب المال إياه (**ما لم يعلم**) المضارب (**به**) أي بالعزل لأنَّه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله (**فإن علم**(المضارب بعزله (**والمال عروض فله**) أي للمضارب (**بيعها**) أي العروض مطلقاً لأنَّ له حقاً في الربح، ولا يظهر إلاَّ بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (**ولا يتصرف في ثمنها**) أي في ثمن العروض التي باعها لأنَّ البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح، ولا حاجة إليه بعد النقد، ولا يملك المالك فسخها في هذه الحالة لأنَّ للمضارب حقاً في الربح كما في البحر (**وإن كان**) مال المضاربة (**نقداً من جنس رأس المال**) أي مال عقد المضاربة حين علمه بعزله (**لا يتصرف**) المضارب (**فيه**) أي النقد لعدم الحاجة إليه، وهو معزول (**وإنْ**) كان المال (**من غير جنسه**) أي غير جنس رأس المال (**فله**) أي للمضارب (**تبديله بجنسه**) أي إذا كان رأس المال دراهم، وهو معزول، ومعه دنانير له بيعها بالدراهم (**استحساناً**) لأنَّ الواجب للمضارب أنْ يرد مثل رأس المال، وهو يتحقق برد جنسه،

. . . .

ونقد كما في البزازية، ويأتي (**وبلحاق رب المال مرتداً**) مع حكم القاضي به لأنَّه موت حكماً، وهذا إذا لم يرجع مسلماً وإلاَّ لم تبطل ف إنْ ربح فعلى ما شرطا ولو ارتد ولم يلحق وتصرفه موقوف وردة المرأة غير مؤثرة (**لا بلحاق المضارب**) اتفاقاً لعدم الملك. (**قلت**): وفي القهستاني عن النظم أنَّها تبطل بلحاق أحدهما لكن في التنوير إنْ حكم بلحاقه بطلت فليكن التوفيق (**ولا ينعزل**) في العزل القصدي (**بعزله ما لم يعلم به**) بخبر رجلين مطلقاً أول فضولي عدل أو رسول مميز (**فإن علم**) بعزله، ولو حكما كموت المالك، ولو حكما (**والمال عروض**) هو هنا ما كان خلاف جنس رأس المال فالدراهم والدنانير جنسان هنا (**فله بيعها**) ولو بنسيئة وإنْ نهاه عنها (**ولا يتصرف في ثمنها**) ولكن لا يخلو (**وإنْ كان**) ثمنها (**نقداً من جنس رأس المال لا يتصرف فيه**) لعدم الضرورة (**وإن كان من غير جنسه فله تبديله بجنسه**) ضرورة ظهور ربحه، ولوجوب رد جنسه وأشعر كلامه بأنَّه لا يجب عليه بيعه، وقد وجب عليه فليحفظ. (**قلت**): والحاصل أنَّه متى علم بعزله، والمال نقد من جنس رأس المال من كل وجه بأنْ كان دراهم أو دنانير ظهر عزله فلا يتصرف فيه أصلاً، وإنْ لم يكن من جنسه من كل وجه بأنْ كان مالها عرضاً ورأس المال أحد النقدين لم يعمل عزله، وتوقف حتى صار مثل رأس المال، وإنْ كان من جنسه من وجه بأنْ كان أحدهما دراهم والآخر دنانير صرفه وجواباً بما هو من جنس رأس المال دون العروض (**استحساناً**) لما قلنا، والقياس منعه لثبوت المجانسة في الثمنية (**ولو افترقا وفي المال دين على الناس**)

الاقتضاء إن كان ربح وإلاً فلا ويوكل المالك به وكذا سائر الوكلاء والبيع والسمسار يجبران عليه وما هلك من مال المضاربة صرف إلى الربح أولاً فإنْ زاد على الربح لا يضمن المضارب فإن اقتسماه وفسخت ثم عقدت فهلك المال أو بعضه لا يتراد أن الربح

فكان له تبديله بجنسه ضرورة، وفي القياس لا يبدل لأنَّ النقدين جنس واحد من حيث الثمنية **(ولو افترقا)** أي المضارب ورب المال بالفسخ **(و)** كان **(في المال دين على الناس لزمه)** أي المضارب **(الاقتضاء)** أي مطالبة الدين شرعاً **(إن كان)** فيه **(ربح)** لأنَّه يأخذ الأجر فعليه عمل الطلب **(وإلاً)** أي وإنْ لم يكن فيه ربح **(فلا)** يلزم الاقتضاء لأنَّه وكيل محض، وهو متبرع، فلا جبر على المتبرع **(ويوكل)** المضارب **(المالك به)** أي بالاقتضاء لأنَّ المضارب هو العاقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد، فلا بد من توكيله المالك في الطلب إذا امتع كيلا يضيع حق ربِّ المال حيث لا يدفع المديون الدين إليه، وإنما يدفعه إلى أن عقد معه أو إلى وكيله **(وكذا)** أي مثل هذا حكم **(سائر الوكلاء)** فإنَّهم إذا امتنعوا عن الاقتضاء يوكلون الملاك **(والبياع)** من باع الناس بأجر **(والسمسار)** بالكسر المتوسط بين البائع والمشتري يبيع ويشتري للناس بأجر من غير أن يستأجر **(يجبران عليه)** أي على الاقتضاء لوجود سبب الإجبار وهو العمل بأجرة عادة، فجعل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليهما التقاضي والاستيفاء لأنَّه وصل إليهما بدل عملهما فصارا كالمضارب إذا كان في المال ربح **(وما هلك من مال المضاربة صرف إلى الربح أو لا)** دون رأس المال لأنَّه تابع ورأس المال أصل، فينصرف الهالك إلى التابع كما في مال الزكاة إلى العفو ابتداء **(فإنْ زاد)** الهالك **(على الربح لا يضمن المضارب)** لكونه أميناً سواء كان من عمله أو لا، ويقبل قوله في هلاكه وإنْ لم يعلم ذلك كما قيل في الوديعة وسواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة فهي أمانة عند الإمام، وعندهما إنْ كانت فاسدة فالمال مضمون كما في المنح، وهو قول الطحاوي، لكن ظاهر الرواية عدم الضمان في الكل كما قررناه في قوله، ولا يضمن المال فيها **(فإن اقتسماه)** أي المضارب والمالك الربح **(وفسخت)**

....

(لزمه) أي المضارب **(الإقتضاء)** أي الطلب **(إنْ كان ربح)** لأنَّ الربح كالأجرة له، ومفاده أنَّ نفقة الطلب على المضارب، وهذا لوالدين في مصره وإلاَّ ففي مال المضاربة ذكره القهستاني ويأتي **(وإلاَّ)** ربح **(فلا)** جبر لأنَّه متبرع **(و)** لكن يؤمر بأن **(يؤكل)** أو يحيل **(المالك به)** أي باقتضائه من المديون كيلاً يضيع حقه **(وكذا)** أي مثل المضارب المعزول **(سائر الوكلاء)** وسائر المستبضعين فيؤمرون بالتوكيل **(والبياع)** كالضراب من باع مال الناس بأجر **(والسمسار)** المتوسط بين البائع والمشتري **(يجبران عليه)** لأنَّهما يعملان بأجرة عادة بلا استئجار إذ لو استأجر ليبيع أو ليشتري لم يجز لأنَّه لا يتم إلاَّ بغيره، والحيلة أنْ يستأجره للخدمة يوماً، ويستعمله في البيع والشراء، ولو عمل بلا شرط واعطاه شيئاً لا بأس به، وبه جرت العادة كما في البحر وغيره **(وما هلك من مال المضاربة)** الصحيحة فإنَّ الفاسدة لم يضمن كما مر، **(صرف إلى الربح أولاً فإنْ زاد على الربح لا يضمن المضارب)** لأنَّه أمين **(فإن اقتسماه)** أي الربح **(وفسخت ثم عقدت فهلك المال أو بعضه لا يتراد أنَّ الربح)** لأنَّه عقد جديد، وهي الحيلة النافعة

وإنْ اقتسماه من غير فسخ تراداه حتى يتم رأس المال فإنْ فضل شيء اقتسماه وإن لم يف فلا ضمان على المضارب.

فصل

ولا ينفق المضارب من مالها في مصره أو في مصر اتخذه داراً ولا في الفاسدة فإن سافر فطعامه وشرابه من مالها بالمعروف وكذا كسوته وركوبه شراء واستيجاراً وكذا أجرة خادمه وفراش ينام عليه وغسل ثيابه والدهن في موضع

المضاربة (**ثم عقدت**) المضاربة جديداً (**فهلك المال أو بعضه**) في يد المضارب (**لا يترادان**) أي المضارب والمالك (**الربح**) المقسوم لأنَّ المضاربة الأولى قد انتهت، وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتاقض الأول كما لو دفع إليه مالاً آخر (**وإنْ اقتسماه من غير فسخ**) ثم هلك المال كله أو بعضه (**تراداه**) أي المضارب، والمالك الربح المقسوم (**حتى يتم رأس المال**) لأنَّ الربح تابع فلا يسلم بدون سلامة الأصل (**فإنْ فضل شيء**) من الربح بعدما استوفى رأس المال (**اقتسماه**) أي ما فضل لأنَّه ربح (**وإن لم يف**) أي ربح ما هلك من رأس المال (**فلا ضمان على المضارب**) لأنَّه أمين فيه.

فصـــل

في المتفرقات (**ولا ينفق المضارب من مالها**) أي من مال المضاربة (**في مصره**) الذي ولد فيه (**أو في مصر اتخذه داراً**) أي وطناً إذ لا يحتبس فيه لعمل المضاربة بل يسكن فيه بالسكنى الأصلي عمل أو لم يعمل قيد باتخاذه وطناً لأنَّه لو نوى الإقامة في مصر، ولم يتخذه وطناً فنفقته من مال المضاربة (**ولا**) ينفق (**في**) المضاربة (**الفاسدة**) لأنَّه أجير، ولا نفقة له (**فإن سافر**) المضارب للتجارة في الضاربة (**فطعامه وشرابه من مالها**) أي مال المضاربة لأنَّ النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي، والزوجة فإذا سافر صار محبوساً به فتجب مؤنته الراتبة فيه خلافاً للشافعي (**بالمعروف**) أي بحيث لا يعد مثل هذا الإنفاق في عرفهم إسرافاً (**وكذا كسوته**) بالمعروف (**وركوبه شراء واستئجاراً**) وعلق الدابة التي يركبها في سفره وحوائجه،

. . . .

للمضارب (**وإنْ اقتسماه من غير فسخ تراداه حتى يتم رأس المال**)، فيبدأ برأس المال ثم بالنفقة، ثم بالربح الأهم فالأهم كما في الاختيار (**فإنْ فضل شيء اقتسماه وإنْ لم يف فلا ضمان على المضارب**)، لما قلنا أنَّه أمين وسواء كمان من عمله أو لا صحيحة أو فاسدة وضمناه في الفاسدة كما في المنح وغيرها أي كما في الأجير المشترك كما في البرجندي عن قاضيخان. (**قلت**): وقدمنا ما عليه الفتوى.

فصـــل

فيما يفعله المضارب (ولا ينفق المضارب من مالها في مصره) الذي ولد فيه (أو في مصر اتخذه داراً) أما لو نوى الإقامة بمصر، ولم يتخذه داراً فله النفقة (ولا) ينفق (في الفاسدة) لأنَّه أجير، فلا نفقة له (فإن سافر) ولو يوماً (فطعامه وشرابه من مالها) أي إنْ سافر بمالها فقط كما يأتي (بالمعروف) أي فيضمن الزائد عليه كما يأتي (وكذا كسوته وركوبه شراءً واستئجاراً وكذا أجرة خادمه، وفراش ينام عليه

يحتاج فيه إليه وضمن ما كان زائداً على العادة ونفقته في مصره من ماله كالدواء ويرد ما بقيَّ من كسوة وغيرها إذا قدم إلى رأس المال وما دون السفر كسوق المصر إنْ أمكنه أن يغدو ويبيت في أهله وإلاَّ فكالسفر وليس للمستبضع الاتفاق من مالها ويؤخذ ما أنفقه المضارب من الربح أولاً وما فضل قسم وإنْ سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين

والركوب بالفتح المركوب (وكذا أجرة خادمه) أي خابزه وطابخه وغاسل ثيابه وعامل ما لا بد له منه اعتباراً لعادة التجار (وفراش ينام عليه وغسل ثيابه) مستدرك بقوله وخادمه إلاَّ أنْ يراد به ثمن ما يغسل به، مثل الحرض والصابون كما في الكفاية (و) كذا (الدهن) بفتح الدال، وسكون الهاء بمعنى الإدهان (في موضع يحتاج فيه إليه) أي إلى الدهن كالحجاز.

وكذا أجرة الحمام والحلاق ودهن السراج، والخطب وإنما قلنا اعتباراً لعادة التجار لأنَّ غسل الثياب ونحوه ليس مما لا بد له منه، فكان ينبغي أن لا يكون من مال المضاربة كأجرة الحمام، ولكن في عادة التجارة لا بد منه ليزداد رغبات الناس في معاملتهم، ولا يعدونهم في عداد المفاليس (وضمن) المضارب (ما كان زائداً على العادة) لانتفاء الإذن (ونفقته) أي المضارب (في مصره من ماله) لما مر أنَّها جزاء الاحتباس هذا تصريح بما علم ضمناً في قوله، ولا ينفق المضارب من مالها في مصره فلو اقتصر لكان أحصر (كالدواء) فإنَّه من ماله في ظاهر الرواية لأنَّ الحاجة إلى النفقة دائمة بخلاف الدواء لأنَّه قد يمرض، وقد لا يمرض، فلا يعد من جملة النفقة سواء كان في السفر أو الحضر فيكون من ماله كزوجة يكون دواؤها من ماله، وعن الإمام أنَّ الدواء من مال المضاربة لأنَّه لا يتمكن من التجارة إلاَّ به فيصير كالنفقة (ويرد ما بقي من كسوة وغيرها) كالطعام ونحوه (إذا قدم) من السفر إلى مسكنه (إلى رأس المال) لانتهاء الاستحقاق بانتهاء السفر (وما دون السفر كسوق المصر) في كون نفقته في ماله لا في مال المضاربة (إنْ أمكنه أن يغدو ويبيت في أهله) لأنَّ أهل السوق يتجرون في أسواق المصر، ويبيتون في منازلهم مع أنَّ ذهابهم وإيابهم لمصالح أنفسهم لا للغير (وإلاَّ) أي وإنْ لم يمكنه أن يغدو ويبيت بأهله (فكالسفر) في كون نفقته في مال المضاربة لا في مال نفسه لأنَّ ذهابه قد صار للمضاربة يقيناً (وليس للمستبضع الانفاق من مالها) أي من مال البضاعة لأنَّه كالوكيل فيكون متبرعاً فلا تجب له النفقة (ويؤخذ ما أنفقه المضارب من الربح أو لا) يريد أنَّ المضارب

وغسل ثيابه، والدهن في موضع يحتاج فيه إليه) للتعارف (وضمن ما كان زائداً على العادة) المعروفة، ولو أنفق ليرجع في مالها له ذلك ولو هلك لم يرجع على المالك (ونفقته في مصره من ماله) وذلك (كالدواء) وأجرة الحجامة والفصادة وغير ذلك مما يرجع لصلاح بدنه ففي ماله كنفقة المرأة على الزوج ودوائها عليها (ويرد ما بقي من كسوة وغيرها إذا قدم) من سفره (إلى رأس المال) لانتهاء الاستحقاق كغاز وحاج عن الغير (وما دون السفر كسوق المصر إنْ أمكنه أن يغدو ويبيت في أهله) فكالسوق في المضر (وإلاَّ فكالسفر) فظهر أنَّه ليس المراد السفر الشرعي (وليس للمستبضع الإنفاق من مالها) لأنَّه كالوكيل واختلف في الشريك (وتؤخذ) أي المالك قدر (ما أنفقه المضارب) من رأس المال ليتم رأس

لرجلين أنفق بالحصة وإنْ باع متاع المضاربة مرابحة حسب ما أنفقه عليه من حمل ونحوه لا نفقة نفسه ولو شرى مضارب بالنصف بألف المضاربة بزا وباعه بألفين واشترى بهما عبداً فضاعا في يده قبل نقدهما يغرم المضارب ربعهما والمالك الباقي وربع العبد للمضارب وباقيه للمضاربة ورأس المال ألفان وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة إلاّ على

إذا أنفق من مال المضاربة، فربح يأخذ المالك من الربح مقدار ما أنفقه المضارب من رأس المال ليكمل رأس المال (**وما فضل**) من الربح (**قسم**) بينهما على ما شرطا فتكون النفقة مصروفة إلى الربح لا إلى رأس المال، وفيه إشارة إلى أنَّه إنْ لم يربح تجب النفقة من رأس المال كما في الفرائد، ولو أنفق المضارب من ماله، ثم هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال (**وإنْ سافر**) المضارب (**بماله ومال المضاربة**) أو خلط ماله بمال المضاربة، بإذن رب المال (**أو**) سافر (**بمالين لرجلين أنفق بالحصة**) أي توزع النفقة على قدر الحصص من المال (**وإنْ باع**) المضارب (**متاع المضاربة مرابحة حسب ما أنفقه**) أي المضارب (**عليه**) أي على المتاع (**من**) أجرة (**حمل ونحوه**) مماجرت العادة بين التجار بضمه كأجرة السمسار والقصار، والصباغ وقال: قام عليَّ بكذا لأنَّ هذه الأشياء تزيد في القيمة، وتعارف التجار إلحاقها إلى رأس المال في بيع المرابحة، فلهذا قال في التنوير.

وكذا يضم إلى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة أو حكماً أو اعتقاده التجار، وهذا هو الأصل كما في النهاية (**لا**) يحسب (**نفقة نفسه**) أي المضارب في سفره إذا باع مرابحة لأنَّها لا تزيد في القيمة (**ولو شرى مضارب بالنصف بألف المضاربة بزا وباعه**) أي البز (**بألفين واشترى بهما عبداً فضاعا**) أي الألفان (**في يده**) أي المضارب (**قبل نقدهما**) أي الفين (**يغرم المضارب ربعهما**) أي ربع الألفين، وهو خمسمائة (**و**) يغرم (**المالك الباقي**) وهو ألف وخمسمائة لأنَّ المال لما صار ألفين ظهر الربح في المال، وهو ألف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب، وثلاثة أرباعه للمالك، ثم إذا ضاع الألفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد، فربعه على المضارب وثلاثة أرباعه على المالك (**وربع العبد للمضارب وباقيه**) وهو ثلاثة أرباعه (**للمضاربة**) لأنَّ نصيب المضارب خرج عن المضاربة لأنَّه صار

ماله فيأخذه (**من الربح أو لا**) إنْ كان ثمة ربح (**وما فضل**) من الربح بعد إكمال رأس المال منه (**قسم**) بينهما على الشرط وإنْ لم يظهر ربح فلا شيء على المضارب (**وإنْ سافر بماله، ومال المضاربة أو بمالين لرجلين أنفق بالحصة**) كما لو خلط بالإذن (**وإن باع متاع المضاربة مرابحة حسب ما أنفقه عليه من حمل**) أو أجرة سمسار، وقصار (**ونحوه**) مما اعتيد ضمه ويقول قام عليَّ بكذا (**لا نفقة نفسه**) في سفره لعدم الزيادة، والعادة هذا هو الأصل (**ولو شرى مضارب بالنصف بألف المضاربة بزاً، وباعه بألفين واشترى بهما عبداً فضاعا في يده قبل نقدهما**) لبائع العبد (**يغرم المضارب**) نصف الربح (**ربعهما و**) يعزم (**المالك الباقي و**) يصير (**ربع العبد**) ملكاً (**للمضارب**) خارجاً عن المضاربة لكونه مضموناً عليه

ألفين، فلو بيع بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف والربح منها خمسمائة بينهما ولو اشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه من المضارب بألف لا يبيعه مرابحة إلاَّ على خمسمائة ولو اشترى مضارب بالنصب بألف المضاربة عبداً يعدل ألفين فقتل رجلاً خطأ فربع الفداء عليه وباقيه على المالك وإذا فدى خرج عن المضاربة فيخدم المضارب يوماً

مضموناً عليه، مال المضاربة أمانةً وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها **(ورأس المال)** وهو جميع ما دفع رب المال إلى المضارب **(ألفان وخمسمائة)** لأنَّه دفع إليه مرة ألفاً وأخرى ألفاً وخمسمائة **(ولا يبيعه)** أي المضارب العبد **(مرابحة إلاَّ على ألفين)** ولا يقول: قام علي بألفين وخمسمائة إذ الشراء وقع بألفين، فلا تضم الوضيعة التي وقعت بسبب الهلاك في يد المضارب **(فلو بيع)** العبد المذكور بعد ذلك **(بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف)** بعد رفع المضارب حصته، وهي الألف لأنَّه لما ضمن ربع العبد كان ربعه ملكه خاصة فالألف ربعه لكون ثمنه أربعة آلاف، ثم يرفع منها رأس المال، وهو ألفان وخمسمائة **(والربح منها خمسمائة بينهما)** أي بين المضارب، والمالك فتكون حصة كل منهما خمسين ومائتين **(ولو اشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه من المضارب بألف لا يبيعه)** المضارب العبد **(مرابحة إلاَّ على خمسمائة)** ولا يقول: قام علي بألف لأنَّ بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لأنَّه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم.

وكذا لو كان بالعكس بأنْ اشترى المضارب عبداً بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة، لأنَّ البيع الجاري بينهما كالمعدوم **(ولو اشترى مضارب بالنصب بألف المضاربة عبداً يعدل)** أي تساوي قيمته **(ألفين فقتل)** ذلك العبد **(رجلا)** قتلاً **(خطأ)** فأمر بالدفع أو الفداء فإذا دفعا العبد إلى ولي المقتول انتهت المضاربة بهلاك ما لهما بالدفع بلا بدل.

وكذا إنْ فديا خرج العبد عن المضاربة أما خروج حصة المضارب، فلتقرر ملكه في العبد بالفداء فصار كالقسمة، وأما خروج حصة المالك، فلسلامة الحصة منه بضمان الفداء **(فربع الفداء عليه)** أي المضارب **(وباقيه)** وهو ثلاثة أرباعه **(على المالك)** لأنَّ الفداء مؤنة المالك، فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما أرباعاً فكذا الفداء **(وإذا فدى)** على بناء المجهول يعني إذ

. . . .

ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف **(وباقيه للمضاربة)** لعدم ما ينافيها **(ورأس المال)** جميع ما دفع المالك وهو **(ألفان وخمسمائة و)** لكن **(لا يبيعه مرابحة إلاَّ على ألفين)** فقط لأنَّه شراه بهما **(فلو بيع)** العبد **(بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة الآف)** لأن ربعه للمضارب **(والربح منها)** حينئذ فيهما **(خمسمائة بينهما)** نصفان لأنَّ رأس المال ألفان وخمسمائة **(ولو اشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه من المضارب بألف لا يبيعه مرابحة إلاَّ على خمسمائة)** وكذا عكسه لأنَّه وكيل. **(قلت)**: ومنه علم جواز شراء المالك من مضاربه وعكسه **(ولو اشترى مضارب بالنصف بألف المضاربة عبداً يعدل ألفين، فقتل رجلاً خطأ فربع الفداء عليه وباقيه على المالك)** على قدر ملكهما **(وإذا فدى)** العبد **(خرج عن**

والمالك ثلاثة أيام، ولو اشترى بألف المضاربة عبداً وهلك الألف قبل نقده دفع المالك الثمن ثم وثم وجميع ما دفع رأس المال ولو كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إليّ ألفاً وربحت ألفاً وقال المالك بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب ولو اختلفا مع ذلك في قدر الربح فلمالك ولو قال من معه ألف قد ربح فيها هي مضاربة زيد، وقال

أفديا صار العبد لهما ولكن (**خرج عن المضاربة**) فبقي أرباعاً (**فيخدم المضارب يوماً والمالك ثلاثة أيام**) بحكم الاشتراك بينهما لأنَّه بحكم الفداء كأنهما اشترياه ولو اختار ربُّ المال الدفع، واختار المضارب الفداء مع ذلك، فله الفداء، ثم اعلم أنَّ العبد المشتري في المضاربة إذا جنى خطأً لا يدفع بها حتى يحضر المضارب والمالك سواء كان الإرث مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر.

وكذا لو كانت قيمته ألفاً لا غير لا يدفع إلاَّ بحضرتهما، والحاصل أنَّه تشترط حضرة المالك، والمضارب للدفع دون الفداء إلاَّ إذا أبى المضارب الدفع والفداء، وقيمته مثل رأس المال، فلرب المال دفعه لتعينه فإنْ كان أحدهما غائباً وقيمة العبد ألفا درهم، ففداء الحاضر كان متطوعاً كما في البحر، وذكره قاضيخان أنَّ المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لأنَّه ليس من أحكام المضاربة فلهذا كان إليهما (**ولو اشترى بألف المضاربة عبداً وهلك الألف قبل نقده**) أي قبل دفعه إلى البائع (**دفع المالك الثمن**) يعني ألفاً آخر (**ثم**) إذا جهز المالك ألفاً آخر ليدفعه، وهلكت قبل النقد يدفع إليه نقداً آخر (**وثم**) كذلك إلى ما لا يتناهى حتى يصل الثمن إلى البائع لأنَّ هلاك الأمانة كهلاكها في يد المالك (**وجميع ما دفع**) المالك من الألفين والثلاثة والأكثر (**رأس المال**) لأنَّ المال في يد المضارب أمانةً دون استيفاء لأنَّ حكم الأمانة ينافيه، وليس فيه تضييع حق رب المال لأنَّه يلتحق برأس المال بخلاف الوكيل، حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء إلاَّ مرة واحدة فإنْ قبضه بعد الشراء استيفاء فيصير مضموناً عليه، فلا يرجع على الموكل مرة أخرى (**ولو كان مع المضارب ألفان فقال**) المضارب لرب المال (**دفعت إلي ألفاً وربحت ألفاً وقال المالك بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب**) وقال زفر: القول لرب المال، وهو قول الإمام أو لا لأنَّ المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكره، فالقول قول المنكر، ثم رجع وقال: القول قول المضارب وهو قولهما لأنَّهما اختلفا في المقبوض، والقول في مقداره للقابض، ولو ضميناً اعتباراً بما لو أنكره أصلاً فإنَّ القول له (**ولو اختلفا مع ذلك**) أي مع الاختلاف في رأس المال (**في قدر الربح فلمالك**) أي فالقول لرب

. . . .

المضاربة) للتنافي (**فيخدم المضارب يوماً والمالك ثلاثة أيام**) بحكم الفداء (**ولو اشترى**) مضارب بالنصف (**بألف المضاربة عبداً وهلك الألف قبل نقده**) للبائع لم يضمن لأنَّه أمين بل (**دفع المالك الثمن**) يعني ألفاً آخر (**ثم وثم**) إلى غير نهاية (**وجميع ما دفع**) يكون (**رأس المال**) بخلاف الوكيل لأنَّ يده ثانياً يد استيفاء لا أمانة (**ولو كان مع المضارب ألفان فقال**) للمالك (**دفعت إلي ألفاً وربحت ألفاً وقال المالك: بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب**) خلافاً لزفر (**ولو اختلفا مع ذلك في قدر الربح**

زيد: بل بضاعة فالقول لزيد وكذا لو قال ذو اليد: هي قرض وقال زيد بضاعة أو وديعة أو مضاربة ولو قال المضارب أطلقت، وقال المالك عينت نوعاً فالقول للمضارب ولو ادعى كل نوعاً فللمالك.

المال في مقدار الربح فقط لأنَّ الربح يستحق بالشرط، وهو مستفاد من جهته، فأيهما أقام البينة على ما ادعاه من فضل قبلت، وإنْ أقاماها فالبينة بينة رب المال في دعواه الزيادة في رأس المال والبينة بينة المضارب في دعواه الزيادة في الربح **(ولو قال من معه ألف قد ربح فيها)** الجملة حال أو صفة ألف **(هي مضاربة زيد، وقال زيد: بل بضاعة)** أبضعته لك **(فالقول لزيد)** لأنَّ من معه ألف يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو الشركة في ماله، وهو ينكر فالقول قول المنكر **(وكذا لو قال ذو اليد هي قرض وقال زيد)** بل **(بضاعة أو وديعة أو مضاربة)** يكون القول لزيد، وهو رب المال والبينة للذي في يده المال لأنَّه يدعي عليه تمليك الربح، وهو ينكره، ولو كان بالعكس بأنْ ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة، فالبينة بينة المضارب، لأنَّ رب المال يدعي عليه الضمان وهو ينكر، وأيهما أقام البينة قبلت، وإنْ أقاماها فبينة رب المال أولى لأنَّها مثبتة للضمان **(ولو قال المضارب)** لرب المال **(أطلقت، وقال المالك عينت نوعاً)** من التجارة **(فالقول للمضارب)** مع يمينه لأنَّ الأصل فيه العموم والإطلاق والتخصيص يصير لعارض الشرط، وتقبل بينة من أقامها فإنْ أقاماها فإنْ وقتا وقتاً قبل صاحبها يقضي بالمتأخرة، وإنْ لم يوقتا أو وقتا على السواء أو وقت إحداهما دون الأخرى قضى ببينة رب لمال كما في البحر **(ولو ادعى كل)** أي كل واحد من المالك والمضارب **(نوعا)** مغايرةً لما يدعيه الآخر **(فللمالك)** أي القول للمالك مع يمينه لأنَّهما اتفقا على التخصيص، والأذن يستفاد

. . . .

فللمالك) في مقدار الربح فقط وأيهما برهن قبل وإنْ برهنا فللمالك في دعواه الزيادة في رأس المال وللمضارب في دعواه الزيادة في الربح، وهذا لو الاختلاف في المقدار فلو في الصفة فللمالك فلذا قال **(ولو قال من معه ألف قد ربح فيها هي مضاربة زيد)** بالنصف **(وقال زيد)** المالك بل **(بضاعة فالقول لزيد)** المالك لأنَّه منكر **(وكذا لو قال ذو اليد)** أي المضارب **(هي قرض، وقال زيد بضاعة أو وديعة أو مضاربة)** فالقول لزيد والبينة للمضارب، وأما لو ادعى المالك القرض والمضاربة والمضارب المضاربة فالقول للمضارب، ولو برهنا فللمالك (و) أما (لو) اختلفا في النوع بأن **(قال المضارب أطلقت، وقال المالك عينت نوعاً)** أي أو بلداً أو نقداً أو بيعاً ونحو ذلك كما أفاده البرجندي **(فالقول للمضارب)** لتمسكه بالأصل وهو العموم. **(قلت)**: وهذا إذا دعيا بعد تصرف المضارب فلو قبله فالقول للمالك كما إذا ادعى المالك بعد التصرف العموم، والمضارب الخصوص فالقول للمالك أيضاً فإنْ برهنا ووقتا قضى بالثاني لنسخه للأول وإنْ لم يوقت البينتان أو وقتا على السواء أو وقت أحدهما دون الآخر قضي ببينة المالك كما في القهستاني من الذخيرة، ونحوه في البرجندي، ولم يتعرض له الشرنبلالي فليحفظ **(ولو ادعى كل)** منهما **(نوعا)** فقال المالك عنيت الطعام، وقال المضارب: الثياب **(فللمالك)** لأنَّ

. . . .

من جهته، والبينة للمضارب لاحتياجه إلى نفي الضمان، ولو وقت البينتان وقتا، فصاحب الوقت الأخير أولى لأنَّ آخر الشرطين ينقض الأول كما في الهداية، فإنْ قلت: إنَّ البينة للإثبات لا للنفي وأجيب بأنَّ إقامة البينة على صحة تصرفه، ويلزمها نفي الضمان فأقام صاحب الهداية اللازم مقام الملزوم، وفي المنح، وإنْ لم يوقتا أو وقتا على السواء أو وقت إحداهما دون الأخرى فالبينة للمالك، وإنْ كان المالك يدعي العموم فالقول قوله قياساً واستحساناً كما في الذخيرة.

. . . .

العبرة لبيانه بعد اتفاقهما على لخصوص فإنْ برهنا فالجواب ما فصلناه **(تتمة)** لو ادعى المضارب فسادها فالقول للمالك وبعكسه. فللمضارب والأصل أنْ لقول المدعي الصحة في العقود إلاَّ إذا قال المالك: شرطت لك ثلث الربح إلاَّ عشرة، وقال المضارب: الثلث فالقول للمالك، ولو فيه فسادها فإنَّه ينكر زيادة يدعيها المضارب، كما في الخانية. **(قلت)**: فما في الأشباه فيه اشتباه، وتمامه فيما علقته على التنوير، ومنه أنَّ ما في البزازية دفع إليه ألفاً نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت ضمن حصة الهبة انتهى خلاف المعتمد، والمعتمد أن لا ضمان في الهبة أيضاً لأنَّها فاسدة، وهي تملك بالقبض كما يأتي وبه يضعف قول الوهبانية، وأودعه عشراً على أنَّ خمسة، له هبة فاستهلك الخمس يخسر.

كتاب الوديعة

الإيداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الأمين للحفظ وهي

كتاب الوديعة

لا خفاء في اشتراكها مع ما قبلها في الحكم، وهو الأمانة وهي في اللغة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك، قال عليه الصلاة والسلام: «لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليخمن على قلوبهم ثم ليكتبن من الغافلين»[1] أي عن تركها، يقال له: مودع بفتح الدال، ولتاركها مودع بكسرها وفي الشريعة **(الإيداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله)** صريحاً أو دلالة لما قال في المحيط لو انفتق زق رجل فأخذه رجل، ثم تركه ولم يكن المالك حاضراً يضمن لأنَّه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالة، وإنْ لم يأخذه ولم يذق منه لا يضمن وإنْ كان المالك حاضراً لا يضمن في الوجهين **(والوديعة ما يترك عند الأمين للحفظ)** مالا كان أو غيره وركنها الإيجاب

. . . .

كتاب الوديعة

لاخفاء في اشتراكها مع ما قبلها في الحكم، وهو الأمانة وهي فعيلة بمعنى مفعولة بتاء النقل إلى الاسمية من ودع ودعاً أي ترك، وكلاهما مستعمل في القرآن، والحديث ذكره ابن الأثير وغيره، فلا ينبغي أنْ يحكم بشذوذهما. **(قلت)**: واعلم أنَّ الفقيه يبحث عن أفعال المكلف، لكن الفقهاء يعنون بعض الكتب بأفعال المكلف كقولهم كتاب النكاح، والبيع والهبة وفي بعضها ما يتعلق بذلك الأفعال كقولهم كتاب الوديعة والعارية والمأذون، والوجه فيه غير ظاهر ولرعاية ذلك فسر بعضهم الوديعة بأنَّها تسليط الغير إلى آخره لكنه لا يناسب المعنى اللغوي، فلذا قال **(الإيداع)** أي شرعاً **(تسليط المالك غيره**

---

(١) أخرجه مسلم (جمعة، ٤٠)، والنسائي (جمعة، ٢)، وابن ماجه (مساجد، ١٧)، والدارمي (صلاة، ٢٠٥)، وأحمد بن حنبل (١، ٢٣٩، ٢٥٤، ٣٣٥، ٢، ٨٤، ٥، ١٠٨)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/ ١٤.

أمانة فلا يضمن بالهلاك وللمودع أن يحفظها بنفسه وعياله وله السفر بها عند عدم النهي

صريحاً كقوله أودعتك هذا المال أو كناية كما لو قال الرجل: أعطني ألف درهم، أو قال رجل: أعطنيه فقال: أعطيتك فهذا على الوديعة كما في المنح، أو فعلا كما لو وضع ثوبه بين يدي رجل، ولم يقل شيئاً فهو إيداع أما لو قال: لم أقبله، لم يضمن بالهلاك لأنَّ الدلالة لا يعارض بالصريح والقبول من المودع صريحاً كقوله: قبلتها ونحوه أو دلالة كما لو سكت عند وضعه بين يديه لما قال في الخلاصة، لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع، وإنْ قام واحد بعد واحد ضمن الأخير لأنَّه تعين للحفظ فتعين الضمان، ولهذا لو وضع ثيابه في الحمام بمرآى الثيابي كان إيداعاً، وإنْ لم يتكلم ولا يكون الحمامي مودعاً ما دام الثيابي حاضراً، فإنْ كان غائباً فالحمامي مودع، ولو قال لصاحب الخان: أين أربطها فقال: هناك كان إيداعاً، وفي البزازية لبس ثوباً بمرآى الثيابي فظن الثيابي أنَّه ثوبه فإذا هو ثوب الغير ضمن هو الأصح ولو نام الحمامي وسرق الثوب إنْ نام قاعداً لا يضمن، وإنْ مضطجعاً يضمن وشرطها كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه حتى لو أودع الطير الآبق في الهواء، والمال الساقط في البحر لا يصح، وكون المودع مكلفاً شرط لوجوب الحفظ عليه حتى لو أودع صبياً فاستهلكها لم يضمن، ولو كان عبداً محجوراً ضمن بعد العتق كما سيأتي، ولو كان الوديعة عبداً فقتله الصبي ضمن عاقلة الصبي قيمته وخير مولى العبد بين الدفع والفداء وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال أمانةً في يده، ووجوب أدائه عند طلب مالكه وشرعية الإيداع بقوله تعالى: ﴿إنَّ الله يأمركم أنْ تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء: ٥٨]، وأداء الأمانة لا يكون إلاَّ بعدها، وبالسنة لأنَّه عليه الصلاة والسلام كان يودع ويستودع وبالإجماع على أنَّ قبول الوديعة من باب الإعانة، وهي مندوبة لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة: ٢] وقوله عليه السلام: «والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»[1]، **(وهي)** أي الوديعة **(أمانة)** الفرق بين

. . . .

على حفظ متاعه) زاد في التنوير صريحاً أو دلالة **(والوديعة)** شرعاً **(ما يترك عند الأمين للحفظ)** زاد البرجندي فقط لتخرج العارية لأنَّها ما يترك للحفظ، والانتفاع معاً إلاَّ أنْ يقال معناه أنَّ المقصود الأصلي تركه للحفظ وأفاد أنَّها عقد استحفاظ فيلزم الإيجاب والقبول، ولو دلالة كوضعه متاعاً وسكت الآخر أما لو قال: لم أقبله لم يضمن بالهلاك لأنَّ الدلالة لا تعارض الصريح.

وكذا الثيابي مودع فإن غاب فالحمامي ولا عبرة بظنه أنَّه ثوبه فبان بخلافه هو الأصح وشرطها كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه فبطل إيداع آبق وطير في الهواء، وكون المودع مكلفاً شرط لوجوب الحفظ عليه، فلو أودع صبياً فاستهلكها لم يضمن، ولو عبداً محجوراً ضمن بعد عتقه كما يأتي **(وهي أمانة)** هذا حكمها مع استحباب قبولها، ووجوب الحفظ والأداء عند الطلب إلاَّ إذا كانت سيفاً وأراد به

---

(١) أخرجه مسلم (ذكر، ٣٧، ٣٨)، وأبو داود (أدب، ٦٠)، والترمذي (حدود، ٣)، (قرآن، ١٠)، وابن ماجه (مقدمة، ١٧)، وأحمد بن حنبل (٢، ٢٥٢، ٢٩٦، ٥٠٠، ٥١٤)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٤/ ١١٠.

. . . .

الوديعة، والأمانة بالعموم والخصوص لأنَّ الوديعة خاصة، والأمانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون العكس، كما يقال الإنسان حيوان ولا يقال الحيوان إنسان، فالوديعة هي الاستحفاظ قصداً، والأمانة ما يقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح بثوب إنسان وألقته في حجر غيره، وفي الوديعة يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ بعد الخلاف كما في النهاية، والكفاية وقال يعقوب باشا، وفيه كلام وهو أنَّه إذا اعتبر في إحداهما القصد، وفي الأخرى عدمه كان بينهما تباين لا عموم وخصوص، والأولى أنْ يقال والأمانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى انتهى، لكن يمكن الجواب بأنَّ المراد بقوله: والأمانة ما يقع في يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد لا أنَّ عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين بل هي أعم من الوديعة لأنَّها تكون بالقصد فقط، والأمانة قد تكون بالقصد وبغيره تدبر، وما في العناية من أنَّه قد ذكرنا أنَّ الوديعة في الإصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك بالعقد والأمانة أعم من ذلك فإنَّها قد تكون بغير عقد فيه كلام، وهو أنَّ الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى، لا أنَّها أعم منها لأنَّ التسليط على الحفظ فعل المودع، وهو المعنى والأمانة عين من الأعيان، فيكونان متباينين والأولى أنْ يقول والوديعة ما تترك عند الأمين كما في هذا المختصر **(فلا يضمن)** أي لا يضمن المودع الوديعة بغير تعد **(بالهلاك)** سواء أمكن من التحرز عنه أو لا هلك معها للمودع شيء أو لا لقوله عليه السلام: «ليس على المستودع غير المغل ضمان»، ولأنَّ شرعيتها لحاجة الناس إليها ولو ضمنها المودع امتنع الناس عن قبولها، وفي ذلك تعطيل المصالح واشتراط الضمان على الأمين باطل وبه يفتي كما في أكثر المعتبرات واستثنى صاحب الدرر فقال: إلاَّ أن يموت المودع مجهلاً أي لم يبين حال الوديعة فإنَّه حينئذ يكون متعدياً فتضمن.

وكذا الأمناء أي كل أمين مات مجهلاً لحال الأمانة يضمن إلاَّ متولياً أخذ الغلة، ومات مجهلاً وسلطاناً أودع بعض الغانمين بعض الوديعة، ومات مجهلاً أي بلا بيان المودع وقاضياً

. . . .

قتل آخر ظلماً كما يأتي، وأفاد بحملها على الوديعة أنَّها أعم لاشتراط قصد الحفظ عليه بخلاف الأمانة كان أوقع الريح ثوباً في حجر آخر، ويبرأ عن الضمان بالوفاق بخلاف الوديعة إلاَّ إذا أنكرها لكن الأمانة عين والوديعة معنى فيكونان متباينان كما لا يخفى، ذكره القهستاني **(فلا يضمن بالهلاك)** بلا تعد كسرقة، ولو وحدها إلاَّ في صورتين إذا كانت الوديعة بأجر كما في الاشباه وغيرها وإلاَّ إذا أعارها فهلكت عند مستعيرها ضمنها بخلاف إعارته للعارية على المختار، كما يأتي وأفاده أنَّ اشتراط الضمان على الأمين باطل وبه يفتي **(وللمودع أنْ يحفظها بنفسه وعياله)** بالكسر جمع عيل بفتح وتشديد، كجياد جمع جيد من يعوله إلاَّ أنَّ العبرة للمساكنة معه حقيقة أو حكماً لا للنفقة وأضافته للعهد أي الأمناء، ويدخل فيه عيال العيال، فلا يضمن لو دفع عياله لعياله، ولو نهاه عن الدفع لبعض من في عياله فدفع أنَّ

والخوف خلافاً لهما فيما له حمل ومؤنة فإنْ حفظها بغيرهم إلاَّ إذا خاف الحرق أو

أودع مال اليتيم ومات مجهلاً بلا بيان المودع انتهى، لكن الأولى الموافق لما في الخلاصة وأودع بعض الغنيمة بعض الناس لكن الانحصار على الثلاثة لا يليق لأنَّ الوصي إذا مات مجهلاً فلا ضمان عليه.

وكذا الأب إذا مات مجهلاً مال ابنه.

وكذا إذا مات الوارث مجهلاً ما أودعه عند مورثه.

وكذا إذا مات مجهلاً لما ألفته الريح في بيته، وكذا إذا مات مجهلاً لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه.

وكذا إذا مات الصبي مجهلاً لما أودع عنده محجوراً، وكذا لو مات أحد المتفاوضين، ولم يبين حال المال الذي في يده لم يضمن نصيب شريكه **(وللمودع أنْ يحفظها)** أي الوديعة **(بنفسه)** في داره ومنزله وحانوته، ولو إجارة أو عارية **(وعياله)** من زوجته وولده ووالديه وأجيره للمساكنة سواء كانوا في نفقته أو لا، وكذا لو حفظت الزوجة الوديعة بزوجها فضاعت لا تضمن الزوجة لأنَّه ساكن معها بلا نفقة منها، والمراد من الأجير التلميذ الخاص الذي استأجره مسانهة أو مشاهرة بشرط أن يكون طعامه وكسوته عليه، وولده الكبير إنْ كان في عياله دون اوجير المياومة، وعند الشافعي وأشهب المالكي يضمن بالدفع وشرط كون من في عياله أميناً فلو دفع إلى زوجته، وهي غير أمينة وهو غير عالم بذلك أو تركها في بيته الذي فيه ودائع الناس، وذهب فضاعت ضمن كما في الخلاصة **(وله(** أي للمودع **(السفر بها)** أي بالوديعة **(عند عدم النهي)** عن المالك **(والخوف)** على الوديعة بالإخراج بأن كان الطريق أميناً لا يقصد أحد بسوء غالباً فيه، ولو قصده يمكنه دفعه بنفسه أو برفقته، هذا عند الإمام سواء كان حمل ومؤنة أو لا لأنَّ الأمر مطلق، فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان، وأما إذا قال: احفظها في هذا المصر ولا تخرجها منه فإنْ كان سفراً له بد منه ضمن، وإنْ كان سفراً لا بد منه إنْ كان في المصر من له عياله، فكذلك لأنَّه أمكنه تركها في أهله، وإلاَّ لم يضمن، ويضمن لو سافر بها في البحر إجماعاً **(خلافاً لهما فيما له حمل ومؤنة)** لأنَّ الظاهر من حال صاحبها أنَّه لا يرضى به فيتقيد، لكن قيل عند أبي يوسف إذا كان السفر بعيداً فليس له ذلك فيما له حمل ومؤنة، وعند محمد ليس له السفر بها بعيداً كان أو قريباً فيما له حمل، ومؤنة وقال الشافعي: ليس له ذلك في الوجهين، **(فإنْ حفظها)** أي المودع الوديعة **(بغيرهم)** أي بغير من في عياله فضاعت **(ضمن)**

وجد بداً منه ضمن وإلاَّ كما في التنوير وغيره **(وله السفر بها عند عدم النهي والخوف)** ولو طويلاً ولها حمل لو الطريق آمناً **(خلافاً لهما فيما له حمل ومؤنة)** وعن أبي يوسف لا يسافر سفراً طويلاً. وعن محمد لا يسافر مطلقاً كما لو كان الطريق مخوفاً، ولو من غرق ثم لو مخوفاً أو نهاه فإنَّ سفراً له منه بد ضمن وإلاَّ فإنْ سافر بنفسه ضمن وبأهله لا كما في المنح عن الاختيار وغيره فليحفظ **(فإنْ حفظها**

الغرق فدفعها إلى جاره أو إلى سفينة أخرى فإن طلبها ربها فحبسها وهو قادر على تسليمها صار غاصباً وكذا لو جحده إياها وإنْ أقرَّ بعده بخلاف جحدها عند غيره وإنْ

المودع أو ذلك الغير كما في القهستاني لأنَّ صاحبها لم يرض بيد غير والأيدي تختلف في الأمانة، ولكن رويَ عن محمد المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله، وليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن، وفي النهاية وعليه الفتوى، ثم قال: وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال (**إلاَّ إذا خاف**) المودع (**الحرق**) بأن وقعت نار العياذ بالله تعالى في داره فخاف هلاك الوديعة (**أو**) خاف (**الغرق**) كذلك (**فدفعها**) أي الوديعة (**إلى جاره**) في صورة الحرق (**أو**) دفعها (**إلى سفينة أخرى**) في صورة الغرق، فضاعت لا يضمن لأنَّه لا يمكنه أن يحفظها في هذه الحالة إلاَّ بهذا الطريق، فصار مأذوناً فيه دلالة، ولهذا قال في الخلاصة امرأة حضرتها الوفاة، وعندها وديعة فدفعتها إلى جارة لها فهلكت عندها إنْ لم يكن وقت وفاتها بحضرتها أحد في عيالها لا يضمن، وفي التبيين هذا إذا لم يمكنه أنْ يدفعها إلى من هو في عيالها وإنْ أمكنه أنَّ يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها إلى الأجنبي يضمن لأنَّه لا ضرورة له فيه.

وكذا لو ألقاها في سفينة أخرى وهلكت قبل أن يستقر فيها بأنْ وقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج يضمن لأنَّ الإتلاف حصل بفعله، وفي المنح إن ادعى المودع التسليم إلى جاره أو إلى فلك آخر صدق إنْ علم وقوعه أي الغرق ببينة، وإنْ لم يعلم يصدق (**فإن طلبها**) أي الوديعة (**ربها فحبسها**) أي حبس المودع الوديعة (**و**) الحال (**هو قادر على تسليمها**) أي الوديعة (**صار غاصباً**) فيضمن إنْ ضاعت لوجود التعدي بمنعه، وهذا لأنَّه لما طلبه لم يكن راضياً بإمساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه، وفيه إشارة إلى أنَّه لو استردها فقال لم أقدر أنْ أحضر هذه الساعة فتركها فهلكت، لم يضمن لأنَّه بالترك صار مودعاً ابتداء وإلى أنَّه لو استردها فقال: اطلبها غداً فلما كان من الغد قال: هلكت لم يضمن إنْ هلكت قبل قوله: اطلبها كما في القهستاني، وإلى أنَّه لو طلب وقت الفتنة، ولم يردها خوفاً على نفسه أو على ماله بأن كان مدفوناً مع ماله لا

بغيرهم ضمن) وعن محمد أنَّ حفظها بمن يحفظ ما له كوكيله ومأذونه وشريكه مفاضة، وعنانا جاز وإنْ لم يكن في عياله، وعليه الفتوى، ذكره ابن الملك وغيره واعتمده ابن الكمال وأقره في المنح وغيرها، فليحفظ (**إلاَّ إذا خاف الحرق أو الغرق**) وكان غالباً محيطاً (**فدفعها لي جاره أو إلى سفينة أخرى**) إلاَّ إذا أمكنه دفعها لمن في عياله أو ألقاها فوقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج ضمن ذكره الزيلعي وغيره فإنْ ادعاه صدق إنْ علم وقوعه ببينة وإلاَّ لا إلاَّ بينة فليحفظ (**فإنْ طلبها ربها**) بنفسه ولو حكما كوكيله بخلاف رسوله، ولو بعلامة منه في الظاهر كما في البحر (**فحبسها**) ظلماً (**وهو قادر على تسليمها صار غاصباً**) لأنَّه ظلم وإلاَّ لا كما لو كانت سيفاً فأراد به قتل آخر ظلماً أو قال لا أقدر أنْ أحضرها الساعة، فتركها لأنَّه بالترك صار مودعاً ابتداء. (**قلت**): ومن المنع ظلماً موته مجهلاً فإنَّه يضمن وقد حرته في كتاب التركة وشرح التنوير هنا فراجعهما. (**وكذا**) يصير غاصباً (**لو جحد إياها**) أي أنكر الوديعة بعد

خلطها بماله بحيث لا يتميز فإنّ بجنسها ضمن وانقطع حق المالك منها في المائع وغيره عند الإمام وعندهما في غير المائع للمالك أنْ يشركه إن شاء وكذا في المائع عند محمد

يضمن كما في شرح المجمع **(وكذا)** يضمن إنْ هلكت **(لو)** طلبها صاحبها و **(جحده)** أي جحد عند مالكها على حذف المضاف بقرينة مقابلة وهو قوله بخلاف جحدها عند غيره **(إياها)** أي الوديعة بأن قال: لم تودعني **(وإنْ)** وصلية **(أقرَّ بعده)** أي بعد الجحود لأنَّ بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصباً بعده **(بخلاف جحدها)** أي الوديعة **(عند غيره)** أي غير المودع فإنَّه لا يضمن، وقال زفر: يضمن لأنَّ بالجحود صار غاصباً فيضمن، ولنا أنَّ إنكاره عند غيبة المالك كان لحفظ الوديعة خوفاً عليها من طمع طامع فلا يكون موجباً للضمان بخلاف حضرته، وفيه إشارة أنَّه لو قال له: ما حال وديعتي عندك ليشكر على حفظها فجحدها لا ضمان عليه، وإلى أنَّ المودع لو ادعى أنَّ المالك وهبها منه أو باعها لها وأنكر صاحبها، ثم هلكت لا يضمن كما في الخلاصة، إلى أن تكون الوديعة منقولاً، لأنَّها لو كانت عقاراً لا يضمن بالجحود عند الشيخين خلافاً لمحمد كما في التبيين وفي البحر، هذا إذا نقلها من مكانها وقت الإنكار لأنَّه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده فهلكت لا ضمان عليه، وقال صاحب المنح: ولو جحد الوديعة ثم ادعى ردها بعد ذلك، وبرهن على الرد قبل برهانه وبرىء منها قبل الجحود، قال: غلطت في الجحود أو نسيت أو ظننت أني دفعتها وأنا صادق في قولي لم يستودعني فإن بينته تقبل في قول الشيخين، وفي الأقضية لو قال: لم يستودعني، ثم ادعى الرد والهلاك لا يصدق، ولو قال ليس له عليَّ شيء ثم ادعى الرد أو الهلاك يصدق وتمامه فيه فليطالع **(وإنْ خلطها)** أي المودع الوديعة **(بماله)** بغير إذن المالك لأنَّه إنْ خلطها بإذنه كان شريكاً فيها **(بحيث لا يتميز فإن)** خلطها **(بجنسها)** كخلط الحنطة بالحنطة في غير المائع، واللبن باللبن في المائع **(ضمن)** المودع لأنَّه صار مستهلكاً لها، وإذا ضمنها ملكها **(وانقطع حق المالك منها)** أي من الوديعة **(في المائع وغيره عند الإمام)** لكن قالوا: لا يباح له التناول قبل أداء الضمان، قيد بكون المودع

طلب المالك، وقائم مقامه بحضرته بلا نية الحفظ ونقلها من مكان لحال جحوده وكانت منقولاً ولم يكن هناك من يخاف منه عليها ولم يحضرها بعد جحودها لمالكها، كما اعتمده في التنوير. واختلف في جحود العقار فإذا تمت هذه الشروط صار غاصباً **(وإنْ)** وصلية **(أقرَّ بعده)** لأنَّ جحود ما عدا النكاح فسخ، وقيد بإنكار الوديعة لأنَّه لو أنكر كونها عنده، ثم ادعى رداً أو تلفاً أو ادعى أنَّ المالك وهبها منه أو باعها له صح لعدم التناقض كما لو جحدها ثم ادعى ردها بعد ذلك، وبرهن عليه قبل، كما لو برهن أنَّه ردها قبل الجحود، وقال غلطت في الجحود أو نسيت أو ظننت أني دفعتها كما في التنوير، وتمامه في شرحنا عليه وغيره **(بخلاف جحدها عند غيره)** أي بلا حضوره أو في وجه عدو مخافة التلف أو عند سؤال صاحبها أو أجنبي عن حالها لأنَّه من الحفظ **(وإنْ خلطها بماله)** أو مال آخر ذكره ابن الكمال **(بحيث لا يتميز فإنْ)** كان **(بجنسها)** كلبن بلبن وبربير ودرهم بدرهم **(ضمن وانقطع حق المالك منها في المائع وغيره عند الإمام)** لاستهلاكه بالخلط **(وعندهما في غير المائع للمالك أنْ يشركه إنْ شاء)** وثمرته

وعند أبي يوسف يصير الأقل تابعاً للأكثر فيه وإنْ بغير جنسها كبر بشعير وزيت بشيرج ضمن وانقطع حق المالك إجماعاً وإنْ اخطلت بلا صنعه اشتركا إجماعاً وإنْ تعدى فيها بأن كانت ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو عبداً فاستخدمه ضمن فإن أزال التعدي زال الضمان بخلاف المستعير والمستأجر وكذا لو أودعها ثم استردها وإنْ أنفق بعضها فهلك

هو الخالط لأنَّه لو كان أجنبياً أو من في عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط صغيراً كان أو كبيراً، ولا يضمن أبوه لأجله كما في الخلاصة (**وعندهما في غير المائع للمالك أنْ يشركه إنْ شاء**) لأنَّ هذا الخلط استهلاك من وجه دون وجه آخر إذا لم يتعذر وصول المالك إلى عين ماله حكماً بالقسمة إذ القسمة فيما يكال أو يوزن إفراز معتبر شرعاً، وله أنَّ الخلط استهلاك من كل وجه لتعذر وصول المالك إلى عين ماله حقيقة فينقطع ملك المالك على المخلوط، والقسمة ليست بموصلة إلى عين حقه بل وسيلة إلى الانقطاع ضرورة.

(**وكذا**) للمالك إنْ يشركه (**في المائع**) إن شاء (**عند محمد**) لأنَّ الجنس لا يغلب الجنس (**وعند أبي يوسف يصير الأقل تابعاً للأكثر فيه**) اعتباراً للغائب أجزاء، وفي التسهيل اعتراض فليطالع، وعند الأئمة الثلاثة في الخلط بالجنس لا يضمن (**وإنْ**) خلطها (**بغير جنسها كبر بشعير وزيت بشيرج ضمن**) المودع (**وانقطع حق المالك إجماعاً**) لأنَّ هذا استهلاك حقيقة فيوجب الضمان بالإجماع، وفيه إشارة إلى أنَّه لو خلط على وجه تتميز لم يضمن (**وإنْ اخطلت**) الوديعة بمال المودع (**بلا صنعه**) أي المودع (**اشتركا**) أي المودع والمودع (**إجماعاً**) لأنَّ الضمان لا يجب عليه إلاَّ بالتعدي، ولم يوجد وكانت شركة ملك فالهالك من مالهما، فلم يضمن (**وإنْ تعدى**) المودع (**فيها**) أي الوديعة (**بأن كانت**) الوديعة (**ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو عبداً فاستخدمه**) فهلكت (**ضمن**) لأنَّه استهلاك معنى (**فإنْ أزال التعدي**) بأن ترك اللبس أو الركوب أو الاستخدام سليماً (**زال الضمان**) وعند الأئمة الثلاثة لا يزول لأنَّ حكم الوديعة ارتفع بالتعدي، فلا يعود إليه إلاَّ بسبب جديد فلم يوجد، فلا يبرأ عن الضمان، ولنا أنَّ الشيء إنما

أنَّه لا يحل تناوله قبل أداء الضمان خلافاً لهما ذكره ابن الملك (**وكذا في المائع عند محمد و**) أما (**عند أبي يوسف**) فإنَّه (**يصير الأقل تابعاً للأكثر فيه**) اعتباراً للغالب أجزاء (**وإنْ**) كان (**بغير جنسها كبر بشعير وزيت بشيرج ضمن وانقطع حق المالك اجماعاً**) لأنَّه استهلاك صورة ومعنى (**وإنْ اختلطت بلا صنعه اشتركاً إجماعاً**) لعدم التعدي كما لو كان بإذنه ولو خلط بعض عياله لم يضمن هو بل الخالط، ولو عبداً صغيراً ولو خلط على وجه يتميز فلا ضمان (**وإنْ تعدى فيها بأن كانت ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو عبداً فاستخدمه**) أو أخذ بعضها (**ضمن فإنْ أزال التعدي**) بأنْ ردها ليده سليمة (**زوال**) ما يؤدي إلى (**الضمان**) إذا لم يكن من نيته العود إليه حتى لو نزعه ليلاً ومن عزمه أنْ يلبسه نهاراً فسرق ليلاً ضمن كما في المنح عن حجر البحر ونحوه في الأشباه أمن شروط النية (**بخلاف المستعير**) إلاَّ إذا استعار شيئاً ليرهنه فتعدى فيه قبل رهنه، ثم رهنه بمثل قيمته فهلك عند المرتهن لم يضمن الراهن لعوده إلى الوفاق حكماً كما في المنح عن البحر (**والمستأجر**) حيث لا يزول بالوفاق على ما عليه الفتوى، كما في الشرنبلالية لأنَّ

الباقي ضمن ما أنفق فقط وإن رد مثله، خلطه بالباقي ضمن الجميع ولو تصرف فيها فربح يتصدق به وعند أبي يوسف يطيب له وإن أودع اثنان من واحد شيئاً لا يدفع إلى أحدهما حصته بغيبة الآخر خلافاً لهما وإنْ أودع عند اثنين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل

يبطل بما ينافيه، والاستعمال لا ينافي الإيداع، ولذا صح الأمر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء فإذا زال عاد حكم العقد، وفي البحر أنَّه يزول الضمان عنه بشرط أنْ لا يعزل على العود إلى التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلاً ومن عزمه أنْ يلبسه نهاراً، ثم سرق ليلاً لا يبرأ عن الضمان، وفي المنح أنَّ المودع إذا خالف في الوديعة، ثم عاد إلى الوفاق إنما يبرأ عن الضمان، إذا صدقه المالك في العود وإنْ كذبه لا يبرأ إلاَّ أن يقيم البينة على العود إلى الوفاق (**بخلاف المستعير والمستأجر**) للعين إذا تعديا، ثم أزالاه يزول الضمان لأنَّ قبضهما كان لأنفسهما لاستيفائهما المنافع عنها فبإزالة التعدي عن العين لم يوجد الرد إلى صاحبها بخلاف المودع، فإنَّ يده يد المالك حكماً لكونه عاملاً له في الحفظ خلافاً لزفر اعتباراً بالوديعة (**وكذا**) زال الضمان (**لو أودعها**) أي الوديعة (**ثم استردها**) لما مر (**وإنْ أنفق**) المودع (**بعضها**) أي الوديعة (**فهلك الباقي ضمن ما أنفق فقط**) ولا يضمن كلها لأنَّ الضمان يجب بقدر الخيانة، وقد خان في البعض دون البعض، ويعمل بقوله في الإنفاق بيمينه (**وإن رد مثله، وخلطه بالباقي ضمن الجميع**) لأنَّه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم كما في الهداية يعني عند الإمام، وعندهما إنْ شاء شركه، وإنْ شاء يضمن، وعند الأئمة الثلاثة يضمن ما أنفق فقط قيد بالإنفاق ورد المثل لأنَّه إذا أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته فرده إلى موضعه، ثم ضاعت فلا ضمان عليه، وتمامه في المنح فليراجع (**ولو تصرف فيها**) أي الوديعة (**فربح يتصدق به**)ر أي بالربح عند الطرفين (**وعند أبي يوسف يطيب له**) الربح إذا أدى الضمان أو سلم عينها بأنْ باعها ثم اشتراها ودفع إلى مالكها، ودليل الطرفين بين في البيع (**وإنْ أودع إثنان من واحد شيئاً لا يدفع**) الواحد (**إلى أحدهما**) أي إلى أحد الإثنين (**حصته بغيبة الآخر**) فإنْ دفع

....

عملهما لنفسهما بخلاف مودع ووكيل ببيع أو حفظ أو إجارة أو استئجار، أو مضارب ومستبضع وشريك عناناً أو مفاوضة ومستعير رهن كما في الأشباه. (**قلت**): والحاصل أنَّ الأمين إذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان إلاَّ في هذه العشرة لأنَّ يدهم كيد المالك، ولو كذبه في عوده للوفاق فالقول له، وقيل للمودع: كما بسط في العمادية (**وكذا لو أودعها ثم استردها**) زال الضمان (**وإنْ أنفق**) المودع (**بعضها فهلك الباقي ضمن قدر ما أنفق فقط**) بقدر تعديه (**وإنْ رد مثله وخلطه بالباقي ضمن الجميع**) لما مر، وهذا لو لم يجعل لما رده علامته فلو جعل أو تأتي تمييزه أو أنفق ولم يرد أو أودع وديعتين فأنفق إحداهما ضمن ما أنفق فقط كما في المجتبى. (**قلت**): وهذا كله فيما لا يضره التبعيض كما لا يخفى (**ولو تصرف فيها فربح يتصدق به**) لخبثه (**وعند أبي يوسف يطيب له**) إذا أدى الضمان أو سلم عينها كما بسطه ابن الملك (**وإنْ أودع اثنان من واحد شيئاً**) مثلياً أو قيمياً (**لا يدفع إلى أحدهما**) أي المالكين ولا يأخذ منه (**حصته بغيبة الآخر**) عنده (**خلافاً لهما**) فيأخذ أو يدفع لأنَّه طالب لما سلم إليه من نصفه،

حصته فإنْ دفع أحدهما إلى الآخر ضمن الدافع لا القابض وعندهما لكل حفظ الكل بإذن الآخر وإنْ مما لا يقسم حفظه أحدهما بإذن الآخر إجماعاً وإنْ نهى عن دفعها إلى عياله فدفع إلى من له منه بد ضمن وإنْ إلى من لا بد له منه كدفع الدابة إلى عبده وشيء

ضمن نصفه إنْ هلك عند الإمام سواء كان مثلياً أو غير مثلي في المختار لأنَّ هذا الدفع يوجب القسمة، والمودع مأمور بالحفظ لا بالقسمة (**خلافاً لهما**) في المثلي لأنَّ معنى الإفراز فيه غالب كما أنَّ معنى المبادلة في غير المثلي غالب، ولذا لا يجوز له الدفع فيه، ويجوز في المثلي، وفيه إشارة إلى أنَّه لا يجوز له الدفع حتى لو خاصمه إلى القاضي لم يأمره بدفع نصيبه إليه في قول الإمام وإلى أنَّه لو دفع إليه لا يكون قسمة اتفاقاً حتى إذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخ بحصته، وإلى أنَّه يأخذ حصته منها إذا ظفر بها، وإلى أنَّه لو دفع وارتكب الممنوع لا يضمن كما في المنح (**وإنْ أودع**) واحد (**عند اثنين ما يقسم**) أي ما يمكن قسمته كالدراهم والدنانير (**اقتسماه**) أي المودعان (**وحفظ كل**) واحد منهما (**حصته**) لأنَّه يمكن الاجتماع على حفظها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة، والثابت بالدلالة كالثابت بالنص (**فإنْ دفع أحدهما**) كله (**إلى الآخر ضمن الدفع**) عند الإمام، وكذا المرتهنان والوكيلان بالشراء، إذا سلم أحدهما إلى الآخر ما يمكن قسمته لأنَّ الأصل إنْ فعل الاثنين إذا أضيف إلى ما يقبل التجزي تناول البعض لا الكل فإذا سلم أحدهما الكل إلى الآخر، ولم يرض المالك به يضمن (**لا**) يضمن (**القابض**) لأنَّ مودع المودع لا يضمن عنده (**وعندهما لكل**) واحد منهما (**حفظ الكل**) أي كل الوديعة (**بإذن الآخر**) لأنَّه رضي بأمانتهما، فكان لكل واحد منهما أنْ يسلم الآخر، ولا يضمنه (**وإنْ**) كان ما أودع عند الاثنين (**مما لا يقسم**) أي مما لا يمكن قسمته كالعبد، أو مما يتعيب بالقسمة كالثوب (**حفظه**) أي ما لا يقسم (**أحدهما بإذن الآخر إجماعاً**) لأنَّ المالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد في الكل (**وإنْ نهى**) أي نهى المالك المودع (**عن دفعها**) أي الموديعة (**إلى عياله فدفع**) المودع (**إلى من**) نهاه وكان (**له منه بد**) وعدم احتياج إليه كدفعه الخاتم إلى عبد مع أنّ له أهلاً سواه (**ضمن**) إنْ هلك (**وإنْ**) دفعها (**إلى من لا بد**) أي لا فرق (**له**

. . . .

قلنا: نعم لكن ليس له ولاية القسمة ثم الأصح أنَّ القيمي لا يدفع بالإجماع كما في الاختيار وغيره، ثم لو دفع هل يضمن في المجمع والدرر والبرجندي وغيرها نعم، وفي البحر الاستحسان لا فكان هو المختار، وأقره في المنح (**وإنْ أودع**) رجل (**عند اثنين ما يقسم**) كدراهم ومكيل وثياب وغيرها، بما لا يتعيب بالتقسيم (**اقتسماه وحفظ كل حصته**) كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلي رهن ووكيلي شراء (**فإنْ دفع أحدهما**) ما في يده (**إلى الآخر ضمن الدافع لا القابض**) عنده لأنَّه مودع المودع ومفاده أنَّه لو أودعاها آخر فهلكت ضمناها (**وعندهما لكل حفظ الكل بإذن الآخر و**) أما (**إن كان مما لا يقسم**) كعبد أو ثوب مما يعيب بالتقسيم حفظه أحدهما بإذن الآخر (**إجماعاً**) لتعذر اجتماعهما، وفي القهستاني عن مبسوط شيخ الإسلام أنَّه يقسم من حيث الزمان (**وإنْ نهى عن دفعها إلى عياله فدفع إلى من له منه بد**)

يحفظه النساء إلى زوجته لا يضمن، وإنْ أمره بحفظها في بيت معين من دار فحفظها في غيره منها لا يضمن إلاَّ إذا كان فيه خلل ظاهر وإنْ أمر بحفظها في دار فحفظ في غيرها ضمن ولو أودع المودع فهلكت ضمن الأول فقط وعندهما ضمن أياً شاء فإنْ ضمن الثاني رجع على الأول لا بالعكس ولو أودع الغاصب ضمن أياً شاء إجماعاً ولو أودع

منه كدفع الدابة إلى عبده و) كدفع (شيء يحفظه النساء إلى زوجته لا يضمن) إنْ هلك لأنَّ الوديعة مما يحفظ بيده، أو بأيدي عياله في بيته فنهي المالك يعتبر إنْ كان النهي مفيداً وإلاَّ يعتبر الحفظ المطلوب كما لو قال: لا تدفع إلى فلان من عيالك، ولم يكن له عيال سواه لم يصح نهيه لأنَّه لا بد له من الدفع وإنْ كان له عيال غيره دفعه إلى من نهى عن دفعها إليه ضمن، وعند الأئمة الثلاثة لو كان الآخر دون الأول يضمن وإلاَّ فلا (وإنْ أمره) أي أمر المالك المودع (بحفظها) أي الوديعة (في بيت معين من دار) المودع(فحفظها في غيره) أي حفظ المودع في بيت آخر (منها) أي من هذه الدار وكانت بيوت الدار مستوية في الحفظ (لا يضمن) المودع لأنَّه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط، فلم يكن مفيداً، فلا يعتبر الشرط (إلاَّ إذا كان فيه) أي في البيت الآخر (خلل ظاهر) بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه مكشوف، يتخوف منه فإنَّ الشرط معتبر حينئذ فيضمن لكون المعين أحرز من الآخر (وإنْ أمر بحفظها في دار فحفظ في غيرها) أي في غير تلك الدار (ضمن) لتفاوت الدارين في الأغلب فيفيد أمره (ولو أودع المودع) غيره (فهلكت) الوديعة (ضمن) المودع (الأول فقط) عند الإمام لأنَّ الثاني قبض المال من يد أمين إذ بالدفع لا يكون ضميناً ما لم يفارقه لحضور رأيه، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ اللازم بالتزام فيضمن بتركه والثاني مداوم على الحفظ، ولم يوجد منه صنع في هلاك المال، فلا يلزمه الضمان. (وعندهما) وعند الأئمة الثلاثة (ضمن أياً شاء) أي يخير المالك في التضمين لأن الأول خائن بالتسليم إلى الثاني بغير إذن المالك، والثاني متعد بقبضه بغير إذنه (فإن ضمن) المالك المودع (الثاني رجع) أي الثاني (على الأول) لأنَّه عامل له بأمره فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (لا) يرجع (بالعكس) أي ضمن المالك المودع الأول لا يرجع الأول على الثاني لأنَّه ملك بالضمان فظهر أنَّه أودع ملك نفسه (ولو أودع

كلاَّ تدفعها لامرأتك فلأنه، وله أخرى أو لغلامك فلان وله آخر فخالفه (ضمن و) أما (إنْ) دفعها (إلى من لا بد له منه) بأن لم يكن له عيال سواه (كدفع الدابة إلى عبده، وشيء يحفظه النساء إلى زوجته لا يضمن) لأنَّ التقييد غير مفيد (و) كذا (إن أمره بحفظها في بيت معين من دار فحفظها في غيره منها لا يضمن إلاَّ إذا كان) أحرز أو (فيه خلل ظاهر) بأنْ كان ظهرها للسكة فيضمن بالخلاف (و) كذا (إنْ أمر بحفظها في دار فحفظ في غيرها ضمن) لتفاوتهما، ولو (أودع المودع) الوديعة من ليس في عياله بغير إذن، ولا ضرورة كحرق (فهلكت) بعد مفارقته (ضمن الأول فقط) بلا خلاف دون الثاني (وعندهما ضمن أياً شاء فإن ضمن الثاني رجع على الأول) لأنَّه عامل له، وهذا إذا لم يعلم أنَّ الأول مودع وإلاَّ لم

عند عبد محجور شيئاً فأتلفه ضمنه بعد عتقه وإن عند صبي فأتلفه فلا ضمان أصلاً. وقال أبو يوسف يضمنان للحال وإنْ دفع العبد الوديعة إلى مثله فهلكت ضمن الأول بعد العتق وعند أبي يوسف ضمن أيهما شاء للحال وعند محمد أنْ ضمن الأول فبعد العتق

الغاصب) المغصوب عند غيره **(ضمن)** المغصوب منه **(أياً شاء)** من الغاصب ومودعه **(إجماعاً)** لأنَّ الثاني صار مثل الأول في التلقي منه ابتداء لعدم إذن المالك، فكذا بقاء، ثم مودع الغاصب إنْ لم يعلم أنَّ المودع غاصب فضمن رجع على الغاصب قوله واحداً، وإنْ علم فكذلك في الظاهر، وحكى أبو اليسر أنَّه لا يرجع وإليه أشار شمس الأئمة **(ولو أودع عند عبد محجور)** لأنَّ العبد المأذون يأخذ الوديعة يضمن في الحال اتفاقاً **(شيئاً فأتلفه)** أي أتلف العبد ذلك الشيء **(ضمنه بعد عتقه)** عند الطرفين **(وإن)** أودع **(عند صبي)** يعقل **(فأتلفه فلا ضمان أصلاً)** لا حال ولا بعد البلوغ عند الطرفين لأنَّ المالك استحفظ ممن ليس بأهل التزام الحفظ أما الصبي فلا يصح التزامه أصلاً، فصار المالك كأنَّه أذنَّ بإتلافه وأما العبد فالتزامه لم يصح في حق الموليِّ نظراً، فلا يضمن في الحال وصح في حق نفسه لكونه مكلفاً، فيضمن بعد العتق كما مر **(وقال أبو يوسف يضمنان)** أي العبد والصبي **(للحال)** فيباع العبد فيه، لأنَّ محجوريتهما في الأقوال فقط، ولهذا لو استهلكا عيناً قبل الإيداع يضمنان هذا بإتلافهما، أما لو تلفت في أيديهما لا يضمنان اتفاقاً، ولو أتلفا ما أودع عند الأباب والمولى يضمان اتفاقاً، وإنما قلنا عند صبي يعقل لأنَّه إذا كان لا يعقل لا يضمن اتفاقاً كذا ذكره فخر الإسلام وغيره، وفي المحيط ظن بعض مشائخنا أنَّ الخلاف في صبي يعقل وليس الأمر كما ظنوا بل الخلاف في كل واحدٍ وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة كما في شرح المجمع **(وإنْ دفع العبد الوديعة إلى مثله)** أي إلى عبد محجور **(فهلكت)** عند الثاني **(ضمن الأول)** أي وللمالك أنْ يضمن العبد الدافع **(بعد العتق)** فلا يضمن الثاني عند الإمام لأنَّه مودع المودع **(وعند أبي يوسف ضمن أيهما شاء**

. . . .

يرجع ذكره الزاهدي، وهذا إذا فارقه، ثم هلكت وإلاَّ لم يضمن الثاني اتفاقاً ذكره البرجندي وغيره. **(لا بالعكس و)** أما **(لو أودع الغاصب)** المغصوب المودع، ثم هلك في يده **(ضمن أياً شاء إجماعاً)** وإنما يرجع على الغاصب إذا لم يعلم أنَّه غصب، وإلاَّ لم يرجع كما في القهستاني عن العمادية، وأقره البرجندي ونقله الباقاني عن شرح الوقاية لابن الملك وأقره. **(قلت)**: لكن في الدرر والغرر معزياً للنهاية أنَّه يرجع، وإنْ علم على الظاهر، وقيل لا فليتنبه **(ولو أودع عند عبد محجور شيئاً فأتلفه ضمنه بعد عتقه وإنْ)** كان **(عند صبي فأتلفه فلا ضمان أصلاً)** وهذا لو محجورين فلو مأذونين بها ضمنا للحال اتفاقاً كما أتلفا ما أودع عند وليهما، ولو كانت الوديعة عبداً فقتله خير مولى العبد بين دفعه أو فدائه، وضمن عاقلة الصبي قيمته كما في المنح والبحر، **(وقال أبو يوسف يضمنان للحال)** فيباع العبد فيه، ثم قيل هذا، في صبي يعقل أما غيره، فلا يضمن اتفاقاً، وليس الأمر كما ظنوا بل الخلاف في الكل واحد، وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة كما في شرح المجمع **(وإنْ دفع العبد الوديعة إلى)** عبد محجور **(مثله فهلكت)** عند الثاني **(ضمن)** المالك **(الأول بعد العتق)** فقط لأنَّ الثاني مودع المودع **(وعند أبي**

وإنْ ضمن الثاني فللحال، ومن معه ألف فادعى كل من اثنين إيداعها عنده فنكل لهما فهي لهما وضمن لهما مثلها.

للحال) أي يخير المالك في التضمين لأنَّ الأول متلف بالدفع، والثاني متعد بقبضه بلا إذن كما مر آنفاً **(وعند محمد إنْ ضمن الأول فبعد العتق)** لأنَّه مع الإمام في إيداع العبد المحجور **(وإنْ ضمن الثاني فللحال)** لأنَّ ضمانه ضمان فعل بقبضه ملك الغير بغير إذنه فلزمه في الحال كما في شرح المجمع محل الخلاف إذا دفع العبد الأول إلى الثاني فإنَّه لو أمر الأول الثاني بقبضه فقبضه وديعة وضاع ليس للمالك أنْ يضمن الأول قبل العِتق اتفاقاً، وفي رواية عن محمد أنَّ الثاني يضمن بعد العتق **(ومن معه ألف)** درهم **(فادعى كل)** واحدٍ **(من إثنين إيداعها)** أي الألف **(عنده)** أي عند من **(فنكل)** عن الحلف **(لهما)** أي لكل واحدٍ منهما على الإنفراد بعد أنْ استحلفاه **(فهي)** أي الألف **(لهما)** للإثنين **(وضمن لهما)** أي للإثنين **(مثلها)** أي مثل الألف لأنَّ دعواهما صحيحة فتجب عليه اليمين لهما فإنْ حلف لهما، فلا شيء لهما عليه لعدم الحجة، وإنْ حلف لأحدهما، ونكل الآخر قضيَّ به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة في حقه دون الآخر، وإنْ نكل لهما قضيَّ بينهما لعدم الأولوية، ثم يجب عليه ألف أخرى لإقراره لهما وللقاضي أنْ يبدأ أيهما شاء بالتحليف والأولى القرعة، وفي التحليف للثاني يقول: بالله ما هذه العين له، ولا قيمتها لأنَّه لما أقرَّ بها للأولى ثبت الحق فيها له فلا يفيد إقراره بها للثاني، فلو اقتصر على الأول لكان صادقاً، وفي البحر لو قال: أودعنيها أحدكما، ولا أدري أيكما فإنْ اصطلحا على أخذها بينهما، فلهما ذلك، ولا ضمان عليه، وليس له الامتناع من التسليم بعد الصلح، وإلاَّ فإنْ ادعاها كل واحدٍ أخذها ليس له ذلك لأنَّ المقرّ له مجهول، ولكل أنْ يستحلفه فإنْ حلف قطع دعواهما، وإنْ نكل فكمسألة الكتاب، وكذا لو قال: على الألف لهذا، ولهذا وفي التنوير دفع إلى رجل ألفاً، وقال: إدفعها اليوم إلى فلان، فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن، كما لو قال له: إحمل إلي الوديعة فقال: افعل، ولم يفعل حتى مضى اليوم

. . . .

يوسف ضمن أيهما شاء للحال) كما تقدم **(وعند محمد إنْ ضمن الأول فبعد العتق، وإنْ ضمن الثاني فللحال)** وقيل بعد العتق، ولو دفعها الثابت فالأول كالأول والثاني ضامن للحال، وتمامه في المجمع **(ومن معه ألف فادعى كل من اثنين إيداعها عنده فنكل)** عن الخلف **(لهما فهي)** أي ألف **(لهما وضمن)** لهما ألفاً **(مثلها)** بينهما لصحة دعواهما، ولو حلف لأحدهما، ونكل للآخر فالألف لمن نكل له.
(فروع): لو قال: لا أدري كيف ذهبت لا يضمن على الأصح، هدد على دفع بعضها بتلف ماله أو نفسه أو عضوه، فدفع لم يضمن كوصي، ولو أنفق عليها بلا أمر قاضٍ فمتبرع، ولو خيف فسادها رفع الأمر للحاكم ليبيعها، ولو لم يرفع حتى فسد لم يضمن كمن استودع ما يقع فيه السوس زمن الصيف، فلم يبرده بالهوى حتى فسد لم يضمن بخلاف ما لو أفسدها الفأر وقد اطلع على ثقب معروف، ولم يخبر ربها فإنْ أخبره أو لم يطلع لم يضمن، ونظمه ابن وهبان فقال: وتارك نشر الصوف صيفاً فعث لم يضمن

. . . .

قال للمودع ادفع الوديعة إلى فلان فقال: دفعت وكذبه فلان وضاعت الوديعة صدق المودع مع يمينه قال: لا أدري كيف ذهبت لا يضمن على الأصح كما لو قال ذهبت، ولا أدري كيف ذهبت، وفي المنح قال: لا أدري دفنت في داري أو في موضع آخر يضمن، ولم يبين مكان الدفن لكنه سرقت الوديعة من المكان المدفون فيه، لا يضمن وفي العدة إذا دفن الوديعة في الأرض إنْ جعل هناك علامة لا يضمن، وإلاَّ ضمن، وفي المفازة يضمن مطلقاً والله أعلم.

. . . .

وفرض الفأر بالعكس يؤثر، إذا لم يسد الثقب من بعد علمه، ولم يعلم الملاك ما هي تنقر، وتارك في قوم لأمر صحيفة، فراحوا وراحت يضمن المتأخر، وإنْ قال: ضاعت ثم قال: رددتها، تناقض ما قد قال قالوا فيجبر، وإن قال: قد ضاعت من البيت وحدها، يصح ويستحلف فقد يتصور.

كتاب العارية

هيَ تمليك منفعة بلا بدل ولا تكون إلاَّ فيما ينتفع به مع بقاء عينه وإعارة المكيلات

كتاب العارية

أخرها عن الوديعة لأنَّ فيها تمليكاً، وإنْ اشتركا في الأمانة، هيَ مأخوذة من العرية وهي العطية المخصوصة بالأعيان ومستعملة في تلك المنافع ورده المطرزي وغيره بالمشتقات استعارة منه فأعاره واستعاره الشيء على حذف من، وقيل هي منسوبة إلى العار لأنَّ طلبها عيب وعار على ما قاله الجوهر وابن الأثير، ورد الراغب وغيره بأنَّ العار يائي، والعارية واوية على ما صرحوا أنفسهم به، وفي المغرب أنَّها منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة، وفي النهاية أنَّ ما في المغرب هو المعول عليه لأنَّه عليه السلام باشر الاستعارة، فلو كان العار في طلبها لما باشرها، وقيل هي في الأصل اسم موضع بلا نسبة كالدردي والكرسي وهي من التعاور، وهو التناوب بلا تشديد، فكأنَّه يجعل للغير نوبة ولنفسه نوبةً، وقيل هي اسم العين المعار وشريعة **(هي)** أي العارية بمعنى الإعارة للعارية التي هي اسم لما أعير وإلاَّ لم يصح حمل التمليك عليه **(تمليك منفعة)** من عين مع بقائها احتراز عن قرض نحو الدراهم، وعن البيع والهبة **(بلا بدل)** احتراز عن الإجارة، وقال الكرخي: هي إباحة الانتفاع بملك الغير لا تمليك المنفعة، وهو قول

. . . .

كتاب العارية

أخرها عن الوديعة لأنَّ فيها تمليك هي لغة مشددة وتخفف اسم من الإعارة كالغارة اسم من الإغارة فعلية منسوبة إلى العارة وما قيل من التعاور أو من العارا، ومن العرية فمنظور فيه وشرعاً **(تمليك منفعة)** من عين مع بقائها **(بلا بدل)** أفاد بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول، ولو فعلا لكن يأتي في الهبة ما ينافيه، فتنبه وحكمها كونها مائة وشرطها قابلية المستعار للانتفاع وخلوها عن شرط العوض لأنَّها تصير إجارة **(ولا تكون إلاَّ فيما ينتفع به مع بقاء عينه و)** لذا قال **(إعارة)** النقدين و **(المكيل**

والموزون والمعدود قرض إلاَّ إذا عين انتفاعاً يمكن رد العين بعده وتصح بإعرتك ومنحتك وأطعمتك أرضى وحملتك على دابتي وأخدمتك عبدي إذا لم يرد بذلك الهبة

الشافعي لأنَّها تنعقد بلفظ الإباحة، وتبطل بالنهي وبالتمليك لا يبطل به كالهبة، والإجارة ولأنَّ المستعير لا يملك الإجارة من غيره، ومن ملك المنافع ملك إجارتها، ولأنَّ التمليك غير جائز مع الجهل بخلاف الإباحة إذ فيها لا يشترط ضرب المدة، ولنا أنَّ العارية تنبيء عن التمليك لكونها من العرية هي العطية من الثمار، ولذا تنعقد بلفظ التمليك وإنما انعقدت بلفظ الإباحة لأنَّها استعيرت للتمليك بلا عوض كانعقاد الإجارة بلفظة الإباحة والنهي ليس إبطالاً للملك بعد ثبوته، بل يمنع عن التمنليك لأنَّه دليل الرجوع والاسترداد، وإنما لا يملك المستعير الإجارة لما فيها من الضرر بالمعير لأنَّه ملك المستعير المنافع على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء، فلو ملك المستعير الإجارة لم يتمكن المعير من ذلك، والجهل فيها ليس بمضر لعدم الافضاء إلى النزاع لجواز رجوع المعير في كل ساعة ولحظة، والمنافع قابلة للتمليك، كما في الوصية بخدمة العبد بضرب المدة، وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، وإنما اختلفوا في كونها مستحبة، وهو قول الأكثر أو واجبة، وهو قول البعد وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها، وسببها ما مر من التعاضد المحتاج إليه المدني بالطبع ومحاسنها النيابة عن الحق سبحانه في إجابة المضطر لأنَّها لا تكون إلاَّ للمحتاج كالقرض، فلهذا كانت الصدقة بعشرة، والقرض بثمانية عشر (**ولا تكون**) العارية (**إلاَّ فيما ينتفع به مع بقاء عينه**) اعلم أنَّ الإعارة نوعان حقيقة ومجاز. فالحقيقة إعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب، والدار والعبد، والدابة والمجاز إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلاَّ باستهلاك عينه كالدراهم والدنانير وغيرهما، من المكيل والموزونات، فتكون إعارة صورة وقرضاً معنى وعن هذا قال (**وإعارة المكيلات والموزون والمعدود قرض**) لأنَّ الانتفاع بها إنما يمكن باستهلاك عينها فاقتضى إعارتها تمليكها، وذلك يكون بالهبة أو القرض لكونه أدنى ضرراً لأنَّه يوجب رد المثل (**إلاَّ إذا عين انتفاعاً يمكن رد العين بعده**) أي بعد الانتفاع كما لو استعار دارهم ليعاير بها ميزاناً أو ليزين بها دكاناً صارت عارية لا فرضاً (**وتصح**) العارية (**بإعرتك**) أي جعلتها عارية لك لكونه صريحاً فيها لكن في المضمرات إنَّ أركانها الإيجاب والقبول وشرطها القبض (**ومنحتك**) هذا الثوب بمعنى أعطيتك لأنَّ هذا إذا أضيف إلى ما ينتفع به مع بقاء عينه فهو عاريةٌ إذا أصله إعطاء الشيء

. . . .

والموزون والمعدود) المتقارب عند الإطلاق (**قرض**) يضمن بالهلاك قبل الانتفاع ضرورة استهلاك عينها حتى لو لم يستهلكها كان عادية لا قرضاً ولذا قال (**إلاَّ إذا عين انتفاعاً يمكن رد العين**) بنفسها (**بعده**) كاستعارة دراهم ل يعير الميزان أو يزين الدكان، فلو هلكت لم يضمن، ولو أعار قصعة ثريد فقرض، ولو بينهما مباسطة فإباحة، نعم تصح عارية السهم ولا يضمن لأنَّ الرمي يجري مجرى الهلاك كما في الصيرفية (**وتصح بإعرتك**) أرضى أي جعلتها عارية لك لأنَّه صريح (**ومنحتك وأطعمتك أرضي**) أي غلتها (**وحملتك على دابتي وأخذ منك عبدي إذا لم يرد بذلك الهبة**) ظاهره أنَّه بذلك للمذكور كله

وداري لك سكنى أو عمري سكنى وللمعير أنْ يرجع فيها متى شاء ولو هلكت بلا تعد

لآخر لينتفع به أياماً، ثم يرده فروعي أصله إذا أضيف إلى ما لا ينتفع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب (**وأطعمتك أرضي**) هذه لأنَّ الطعام إذا قارن إلى ما يطعم عينه كالبر يراد به تمليك عينه، وإذا قارن إلى ما لا يطعم كالأرض يراد به أخذ غلتها إطلاقاً لاسم المحل على الحال (**وحملتك على دابتي**) هذه لأنَّه يقال في العرف: حمل فلان فلاناً دابته إذا أعاره إياها، وإذا وهبه إياها، فإذا نوى أحدها صحت نيته، وإذا لم ينوِّ حمل على الأدنى لئلا يلزم إلاَّ علي بالشك، ولأنَّ الحمل هو الإركاب حقيقة، فكان عاريةً. وفي الدرر وشرح المجمع كلام تتبع (**وأخدمتك عبدي**) لأنَّه أذن له في الاستخدام وهو العارية (**إذا لم يرد بذلك**) أي بكل من الإطعام والحمل والإخدام (**الهبة**) فإذا نوى أحدهما صحت نيته، وإنْ لم تكن له نية حمل على الأدنى كما مر (**وداري لك سكنى**) أي من جهة السكنى لأنَّ داري مبتدأ ولك خبره، وسكنى تمييز عن النسبة إلى المخاطب لأنَّ قوله لك يحتمل تمليك العين والمنفعة وقوله سكنى محكم في المنفعة وهو معين للثاني بحكم التفسير فيكون عاريةً (**أو**) داري لك (**عمري سكنى**) فعمري مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره أعمرتها لك عمري والعمري جعل الدار لأحد مدة عمره، وسكنى تمييز وتخصيص للتنصيص على العارية (**وللمعير أنْ يرجع فيها**) أي في العارية المطلقة أو المقيدة (**متى شاء**) لعدم لزومها هذا إذا لم ينقلب إجارة وإلاَّ فلا يرجع كما إذا استعار أمةً لترضع ابنه فأرضعته فلما صار الصبي لا يأخذ ثدي غيرها فإنَّه لا يسترد منها، وعليه أجر مثل خادمته إلى أنْ يفطم.

وكذا لو استعار من رجل فرساً ليغزو عليه فأعاره إياه أربعة أشهر، ثم لقيه بعد شهرين في بلاد المسلمين فأراد أخذه كان له ذلك، وإنْ لقيه في بلاد الشرك في موضع لا يقدر على الكراء أو الشراء كان للمستعير أنْ لا يدفعه لأنَّ هذا ضرر بين، وعلى المستعير أجر مثل الفرس من الموضع الذي طلب صاحبه إلى أدنى الموضع الذي يجد فيه كراء أو شراء (**ولو هلكت**) العارية

. . . .

لكن عبارة المجمع بهما أي بمنحتك وحملتك وبسط المقال مجال وحرر منلا خسرو أنَّه متى نوى عارية أو هبة صح وإلاَّ حمل على الأدنى لئلا يلزم الأعلى بالشك، وفيه أنَّ الأصل أنَّه متى لم ينو شيئاً يحمل على المعنى الحقيقي فتأمل، وفي القهستاني أنَّ المنح متى أضيف لما ينتفع به مع بقاء عينه فعارية أولاً مع بقاء عينه كالدراهم فهبة، وعزاه للأصل فتبصر (**وداري**) مبتدأ (**لك**) خبر (**سكنى**) حال أو تمييز (**أو عمرى سكنى**) كما مر في الهبة وللمعير (**أن يرجع فيها متى شاء**) ولو مؤقتة أو فيه ضرر فتبطل وتنقلب إجارةً، فلا يرجع كمستعير أمة لترضع ولده وصار لا يأخذ إلاَّ ثديها، فله أجر مثلها إلى الفطام وتمامه في الأشباه، وفيها معزياً للقنية تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشتري رفعها، وقيل: نعم إلاَّ إذا شرطه وقت البيع انتهى. (**قلت**): وبالقيل جزم في الخلاصة والبزازية وغيرهما واعتمده محشيها، ولم يتعقبه الشيخ صالح فكأنه ارتضاه فليحفظ (**ولو**

فلا ضمان ولا تؤجر ولا ترهن كالوديعة فإنْ آجرها فتلفت ضمن أيهما شاء فإن ضمن

(بلا تعد) من المستعير **(فلا ضمان)** ولو بشرط الضمان فإنَّه شرط باطل كما في المحيط، وفي التبيين والعارية إذا اشترط فيها الضمان يضمن عندنا، في رواية وصاحب الجوهرة جزم بأنَّ العارية تصير مضمونةً بشرط الضمان، ولم يقل في راية وفي البزازية أعرني هذا على أنَّه إنْ ضاع فأنا ضامن، وضاع لم يضمن انتهى. وهذا إذا لم يتبين أنَّها مستحقة للغير، فإن ظهر استحقاقها ضمنها، ولا رجوع له على المعير لأنَّه متبرع، وللمستحق أنْ يضمن المعير وإذا ضمنه لا رجوع له على المستعير، ولا يملك والد الصغير إعارة مال ولده والعبد المأذون يملك أن يعير، والمرأة إذا أعارت شيئاً من ملك الزوج، فهلك إن كان شيئاً داخل البيت، وما يكون في أيديهن عادةً، فلا ضمان على أحد، أما في الفرس والثور، فيضمن المستعير، أو المرأة كما في البحر. وقال الشافعي وأحمد: يضمن إذا هلكت في غير حالة الاستعمال لقوله عليه الصلاة والسلام: «العارية مضمونة»[1] ولأنه قبض لنفسه فصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس على المستعير غير المغل ضمان»، ولأنَّها أمانة في يده سواء هلكت من استعماله أو لا، وما روياه محمول على ضمان الرد **(ولا تؤجر)** العارية لأنَّها دون الإجارة، والشيء لا يستتبع فوقه **(ولا ترهن)** لأنَّ الرهن إيفاء، وليس له أنْ يوفي دينه بمال غيره بغير إذنه، وله أنْ يودع على المفتي به، وهو المختار، وصحح بعضهم عدمه كما في المنح **(كالوديعة)** أي كما لا تؤجر، ولا ترهن الوديعة لأنَّها أمانةً، فلا يجوز التصرف فيها **(فإنْ آجرها)** أي آجر المستعير العارية **(فتلفت)** أي هلكت العارية **(ضمن أيهما شاء)** أي المعير مخير إنْ شاء يضمن المستعير لأنَّه صار غاصباً بتعديه أو يضمن المستأجر لأنَّه قبض ملك المعير بغير

. . . .

هلكت بلا تعد فلا ضمان) وإنْ شرطه بطل كشرط عدمه في الرهن خلافاً للجوهرة وهذا إن لم تستحق فلو استحقت ضمنها بلا رجوع على معيره لأنَّه متبرع وللمستحق تضمين المعير، ولا يرجع على المستعير بخلاف المودع حيث يرجع على مودعه لأنَّه عامل له كما في المنح عن الخلاصة **(ولا تؤجر ولا ترهن)** لأنَّ الشيء لا يتضمن ما فوقه **(كالوديعة)** فإنَّها لا تؤجر ولا ترهن بل ولا تودع ولا تعار بخلاف العارية على المختار وأما المستأجر فيؤجر ويودع ويعار ولا يرهن، وأما الرهن فكالوديعة، ونظم في الوهبانية عشر مسائل لا يملك فيها تملكاً لغيره بدون إذن سواء قبض أو لا لكنه لم يذكر العاشرة هنا، بل في المساقاة فقال: ومالك أمر لا يملكه بدو، أمر وكيل مستعير ومؤجر، ركوباً وليسا فيهما، ومضارب ومرتهن أيضاً، وقاض يؤمر، ومستودع مستبضع ومزارع، إذا لم يكن من عنده البذر ببذر، وما للمساقي أنْ يساق غيره، وإنْ أذن المولى له ليس ينكر. **(فإن آجْرها)** المستعير **(فتلفت ضمن)** المالك **(أيهما شاء)** بقيمتها ساعة العارية ذكره القهستاني **(فإنْ ضمن المؤجر)** أي المستعير **(لا**

---

(١) أخرجه أبو داود (بيوع، ٨٨)، وأحمد بن حنبل (٦، ٤٦٥، ٣، ٤٠١)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث

المؤجر لا يرجع على أحد وإن ضمن المستأجر رجع على المؤجر إنْ لم يعلم أنّه عارية وله أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة لا ما يختلف كالركوب إن عين مستعملاً وإن لم يعين جاز أيضاً ما لم يتعين فإنْ تعين لا يجوز، فلو ركب هو ليس له إركاب غيره وإنْ أركب غيره ليس له أنْ يركب هو وإن قيدت بنوع أو وقت أو

إذنه (فإنْ ضمن) أي المعير (المؤجر) أي المستعير (لا يرجع) بما غرمه (على أحد) لأنّه بالضمان تبين أنّه أجر ملك نفسه، ويتصدق بالأجرة عندهما خلافاً لأبي يوسف (**وإن ضمن المستأجر رجع على المؤجر**) أي المستعير (**إنْ لم يعلم**) المستأجر (**أنّه**) أي إنَّ ما استأجره (**عارية**) عند موجره، وهو المستعير لكونه مغروراً من مؤجره. قيد به لأنّه إنْ علم لا يرجع لأنَّ المؤجر حينئذ لم يكن منه غرور وصار كالمستأجر من الغاصب إذا كان عالماً بالغصب (**وله**) أي للمستعير (**أنْ يعير**) ما استعاره إنْ كان (**ما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة**) والاستخدام والسكنى والزراعة، وإنْ شرط المالك أنْ ينتفع هو بنفسه لأنَّ التقييد فيما لا يختلف غير مفيد خلافاً للشافعي لأنَّ العارية إباحة المنافع عنده، فلا يملك إباحتها غيره، ولنا أنّها تمليك المنافع، فيملك أنْ يعيرها كما مر (**لا ما يختلف**) باختلاف المستعمل (**كالركوب**) أي ركوب الدابة ولبس الثوب (**إنْ عين**) المعير (**مستعملاً**) لأنَّ المعير رضي بذلك المعين دون غيره لأنَّ ركوب العسكري لا يكون كركوب السوقي، ولبس القصاب ليس كلبس البزاز (**وإن لم يعين**) المعير مستعملاً (**جاز أيضاً**) كما يجوز أنْ يعير ما لا يختلف باختلاف الاستعمال لأنه تكون الإعارة مطلقة حينئذ (**ما لم يتعين**) المنتفع بفعل المستعير (**فإنْ تعين**) المنتفع بفعله (**لا يجوز**) له أنْ يعيره وفرعه بقوله: (**فلو ركب هو**) أي المستعير (**ليس له**) أي للمستعير (**إركاب غيره وإنْ أركب**) المستعير (**غيره**) فـ (**ليس له أنْ يركب هو**) يعني من استعار دابة مطلقاً كان له أنْ يحمل أو يعير غيره للحمل، ويركب بنفسه أو يركب غيره وأياً فعل من الحمل أو حمل الغير من الركوب، أو الإركاب، فقد تعين العمل فليس بعد حمله أنْ يحمل غيره، ولا عكس هذا وإلاّ ضمن.

وكذا حكم الإركاب بعد الركوب وعكسه لتعين الركوب في الأول والإركاب في الثاني،

. . . .

يرجع على أحد) لأنّه ظهر أنه آجر ملك نفسه (**وإن ضمن المستأجر رجع على المؤجر إنْ لم يعلم أنّه عارية**) فإنْ علم بذلك لم يرجع لعدم الضرر والأجرة للمؤجر لكنه يتصدق بها خلافاً للثاني (و) المستعير (**له أنْ يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة**) سواء عين مستعملاً أو لا كما يأتي (**لا ما يختلف**) استعماله (**كالركوب**) وهذا (**إن عين**) المعير (**مستعملاً وإنْ**) أطلق و (**لم يعين**) منتفعاً (**جاز**) أنْ يعير ما اختلف (**أيضاً**) كالركوب واللبس (**ما لم يتعين**) بفعل أحد (**فإنْ تعين لا يجوز**) أنْ يعير غيره بل يتعين مراداً كان العقد وقع عليه (**فلو ركب هو ليس له إركاب غيره وإنْ ركب غيره ليس له أنْ يركب هو**) فلو ركب هو ضمن لما قلنا، وهو الصحيح واختاره فخر الإسلام واختار شيخ الإسلام لجواز (**وإنْ**

بهما ضمن بالخلاف إلى شر فقط وإنْ أطلق فيهما فله الانتفاع بأي نوع شاء في أيِّ وقت شاء وتصح إعارة الأرض للبناء والغرس وله أنْ يرجع متى شاء ويكلفه قلعهما ولا يضمن إنْ لم يوقت وإن وقت ورجع قبله كره له ذلك وضمن ما نقص بالقلع وقيل يضمن

وهذا الذي ذكره اختيار فخر الإسلام، وقال: غيره له أنْ يركب بعد الإركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي، وشيخ الإسلام كما في العناية **(وإنْ قيدت)** الإعارة **(بنوع أو وقت)** أي قيد المعير العارية بنوع من الإنتفاع بأنْ شرط أنْ ينتفع هو بنفسه أو فلان معين أو قيدها بوقت معين بشهر أو جمعة مثلاً **(أو بهما)** أي قيدها بالنوع، والوقت جميعاً **(ضمن)** المستعير **(بالخلاف)** في واحد منها **(إلى شر فقط)** فلم يضمن بالخلاف إلى مثل أو خير كما إذا قال له: احمل على هذه الدابة هذه الحنطة، كان له أنْ يحمل عليها مثلها أو دونها في الضرر، كحمل مثل الحنطة شعيراً لأنَّ الإذن بالشيء إذنْ بما يساويه، وبما هو خير منه، وهذا استحسان، والقياس يضمن لأنَّه مخالف فإنَّ عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر بخلاف ما لو قال احمل عليها عشرة أقفزة شعير فحمل عليها عشرة أقفزة بر لأنَّ المعير لم يرضَّ بالشيء الثقيل، فيضمن لوجود التعدي **(وإنْ أطلق)** المعير الانتفاع **(فيهما)** أي في النوع والوقت **(فله)** أي للمستعير **(الانتفاع بأي نوع شاء في أي وقت شاء)** عملاً بالإطلاق، واختلفوا في إيداع المستعير فقال جماعة منهم الكرخي: ليس له ذلك، قال الباقلاني: هذا القول أصح وأكثرهم على أنَّ له ذلك منهم مشائخ العراق وأبو الليث وأبو بكر محمد بن الفضل وبرهان الأئمة قال: ظهير الدين وعليه الفتوى، وفي المنح وجعل الفتوى في السراجية عليه أيضاً لكن في الصيرفية أنَّ القول بأنَّ العارية تودع أو لا تودع محله إذا كان المستعير تملك الإعارة أما فيما لا يملكها فلا يملك الإيداع وإنْ اختلفا فيما حمل على الدابة وفي مسافة الركوب والحمل أو في الوقت، فالقول في ذلك كله للمعير مع يمينه **(وتصح إعارة الأرض للبناء والغرس)** أي غرض الشجر لأنَّ منفعتها معلومة، وتجوز إجارتها.

فكذا إعارتها بل أولى لكونها تبرعاً **(وله)** أي للمعير **(أنْ يرجع)** عن العارية بعد أنْ بنى المستعير أو غرس **(متى شاء)** لأنَّها غير لازمة **(ويكلفه)** أي المعير المستعير **(قلعهما)** أي قلع البناء، والغرس عن الأرض لأنَّه شغل أرض المعير بهما فيؤمر بتفريغه إلاَّ إذا شاء أنْ يأخذهما بقيمتهما فيما إذا كانت الأرض لا تستضر بالقلع، بخلاف ما إذا كانت لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك إلاَّ باتفاقهما كما في التبيين **(ولا يضمن)** المعير ما نقص من البناء والغرس بسبب القلع **(إنْ لم يوقت)** العارية إذ المستعير بنى وغرس في محل كان لغيره حق الرجوع فاعترف

قيدت) العارية **(بنوع أو وقت أو بهما ضمن بالخلاف إلى شر فقط)** لا إلى مثل أو خير **(وإن أطلق)** المعير أو المؤجر **(فيهما فله الانتفاع بأي نوع شاء من أي وقت شاء)** على ما مر **(وتصح إعارة الأرض للبناء والغرس)** للعلم بالمنفعة **(وله أن يرجع متى شاء)** ويكلفه قلعهما، لشغل أرضه إلاَّ أن يضر قلعهما بالأرض، فيتركا بالقيمة مقلوعين، ويكون الخيار للمعير **(ولا يضمن إنْ لم يؤقت، وإنْ وقت ورجع**

قيمته ويتملكه وللمستعير قلعه بلا تضمين إنْ لم تنقص الأرض به كثيراً وعند ذلك الخيار للمالك وإنْ أعارها للزرع لا تؤخذ منه حتى يحصد وقت أم لا وأجرة رد المستعار

بنفسه اعتماداً على الإطلاق من غير أنْ يسبق من المعير وعد **(وإنْ وقت)** المعير وقتاً معيناً **(ورجع قبله)** أي قبل الوقت الذي عينه **(كره له)** أي للمعير **(ذلك)** الرجوع لما فيه من خلف الوعد **(وضمن)** المعير للمستعير **(ما نقص)** من البناء والغرس **(بالقلع)** بأنْ يقوم قائماً غير مقلوع يعني: إذا كانت قيمة البناء إلى الوقت المضروب عشرة دنانير مثلاً، وإذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين، يرجع المستعير على المعير بثمانية دنانير لأنَّ المعير غره بالتوقيت، وقال زفر: لا يضمن لأنَّ التوقيت والإطلاق فيها سواء لبطلان التأجيل في العواري **(وقيل يضمن)** المعير **(قيمته)** أي قيمة البناء أو الغرس ذكره الحاكم الشهيد **(ويتملكه)** أي المعير البناء أو الغرس إلاَّ أنْ يشاء المستعير أنْ يرفعهما، ولا يضمنه قيمتهما، فيكون له ذلك لأنَّه ملكه قالوا: إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى ربِّ الأرض كما في الهداية، وعن هذا قال **(وللمستعير قلعه)** أي البناء والغرس **(بلا تضمين إنْ لم تنقص الأرض به)** أي بالقلع **(كثيراً وعند ذلك)** أي عند نقصان الأرض كثيراً بالقلع **(الخيار للمالك)** بين ضمان نقصانهما، وضمان قيمتهما لا للمستعير لأنَّه صاحب أصل، والمستعير صاحب تبع، والترجيح بالأصل كما في الهداية وفي المحيط يضمن المعير قيمة البناء، والأشجار قائمة على الأرض غير مقلوعة منقوضة وإنْ رضي المستعير قلع غرسه، وبناءه ولا يضمنه إذا لم يضر بالأرض وإنْ كان القلع يضر بالأرض لا يقلع إلاَّ برضى صاحبها، ويضمن له قيمته مقلوعاً انتهى. وظاهره مع ما قبله أنَّ القلع إذا لم يضر بالأرض كان الخيار للمستعير بين قلعه وبين تضمين جميع القيمة، وهو مخالف لما في المختصر والكنز حيث جعلا له تضمين ما يقصه القلع لا تضمين جميع القيمة كما في المنح **(وإنْ أعارها)** أي الأرض **(للزرع لا تؤخذ منه)** أي من المستعير استحساناً لأنَّ

. . . .

قبله كره له ذلك) تنزيهاً لخلف الوعد المستحب.

وكذا في الوقاية كما في القهستاني عن الذخيرة **(وضمن ما نقص بالقلع)** بأنْ يقوم قائماً إلى المدة المضروبة فلو قيمة البناء أو الغرس قائماً في الحال أربعة دراهم وفي المآل عشرة ضمن ستة دراهم، وذكر الحاكم أنَّ الخيار للمستعير في التضمين والرفع إلاَّ أنْ ضر الرفع بالأرض فالخيار للمعير كما مر، ولذا قال **(وقيل يضمن قيمته ويتملكه)** ربَّ الأرض كما ذكرنا، وتعتبر القيمة يوم الاسترداد كما في البحر وغيره **(وللمستعير قلعه بلا تضمين إنْ لم تنقص الأرض به كثيراً وعند ذلك الخيار للمالك)** لأنَّه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل ولو كان البناء من تراب الأرض، فليس للمستعير شيء وأفاد أنَّه لا ضمان في العارية المطلقة ولا في المؤقتة بعد انقضاء الوقت، فيقلع المعير البناء والغرس إلاَّ أنْ يضر القلع فيضمن قيمتهما مقلوعين في قائمين، كما في القهستاني عن المحيط **(وإنْ أعارها للزرع)** فيها **(لا تؤخذ منه)** أي من المستعير استحساناً لأنَّ التضرير بالمؤمن حرام **(حتى**

والمستأجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن والغاصب، وإذا ردَّ المستعير الدابة إلى اصطبل ربها أو العبد أو الثوب إلى دار مالكه بريء بخلاف الغصب والوديعة وإنْ رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو

التضرير بالمؤمن حرام (**حتى يحصد**) الزرع بل يترك في يده بطريق الإجارة بأجر المثل كيلا تفوت منفعة أرضه مجاناً (**وقت**) المعير (**أم لا**) يوقت لأنَّ للزرع نهايةً معلومةً فكان في الترك مراعاة الحقين وأيضاً في القلع إبطال ملك المستعير وفي الترك تأخير حق تصرف المعير فيها، والأول أشد ضرراً فيصير إلى الثاني (**وأجرة رد المستعار و**) أجرة رد (**المستأجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والمؤجر والمودع والمرتهن والغاصب**). أما المستعار فلأنَّ رده على المستعير لأنه قبض العارية لمنفعة نفسه، فتكون أجرة الرد عليه، وأما المستؤجر، فلأنَّه مقبوض لمنفعة المؤجر لأنَّ الأجر سلم له، فلا يكون رده واجباً على المستأجر بل على المؤجر، فتكون مؤنة رده عليه، وأما الوديعة فلأنَّ منفعة حفظها عائدةً له فكانت مؤنة ردها عليه، وأما الرهن فلأنَّ قبضه قبض استيفاء، فكان قابضاً لنفسه، وأما المغصوب فلأنَّ الغاصب يجب عليه رد العين المغصوبة إلى يد مالكها كما كانت، فتكون عليه مؤنة ردها، وفي عمدة الفتاوى نفقة العبد المستعار على المستعير، وكسوته على المعير (**وإذا ردَّ المستعير الدابة**) المستعارة (**إلى اصطبل ربها**) أي صاحب الدابة (**أو**) رد (**العبد**) المستعار (**أو الثوب**) المستعار (**إلى دار مالكه بريء**) عن الضمان إذا هلكت الدابة أو هلك العبد أو الثوب استحساناً، والقياس أن لا يبرأ لأنَّه لم يردهم إلى أصحابهم وإنما ضيعهم تضييعاً، وهو قول الأئمة الثلاثة: وجه الاستحسان أنَّه أتى بالتسليم المتعارف، وهو المعول عليه (**بخلاف الغصب والوديعة**) فإنَّ الغاصب لا يبرأ إلاَّ بتسليم العين المغصوبة إلى المالك لأنَّه متعد بإثبات يده فيها، فلا تكون

. . . .

يحصد) الزرع سواء (**وقت**) العارية (**أم لا**) فتتركهما بأجر المثل مراعاة للحقين لقلة مدته بخلاف الغرس، وأفاد أنَّه ليس للمستعير تكليف المعير قيمة الزرع، ولو قال المعير: أعطيتك بذرك وكلفتك، والزرع لي فإنْ رضي المستعير، وطلع الزرع جاز وإلاَّ لا كما في القهستاني عن المحيط، (**وأجرة ردَّ المستعار والمستأجر، والوديعة والرهن والمغصوب**) والمبيع فاسداً بعد الفسخ والمبيع بعد الإقالة والموصى له بالخدمة (**على المستعير**) فلو مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها لأنَّ مؤنة الرد عليه إلاَّ إذا استعارها ليبرهنها فكالإجارة (و) على (**المؤجر والمودع والمرتهن والغاصب**)، والقابض والبائع والمشتري والموصى له لحصول المنفعة لهم، ففيه لف ونشر مرتب بخلاف شركة ومضاربة وهبة قضى بالرجوع كما في المجتبى.

(**وإذا رد المستعير الدابة إلى اصطبل ربها أو العبد أو الثوب إلى دار مالكه بريء**) استحساناً عملاً بالمتعارف (**بخلاف**) رد (**الغصب**) والوديعة (**إلى دار المالك فإنَّه ليس بتسليم** (**وإنْ رد المستعير الدابة**

مسانهة بريء وكذا إنْ ردها مع أجير ربها أو عبده يقوم على الدابة أولاً بخلاف الأجنبي والأجير مياومة رد شيئاً نفيساً إلى دار مالكه ويكتب مستعير الأرض للزراعة قد أطعمتني أرضك لا أعرتني خلافاً لهما.

إزالتها إلاَّ بالتسليم إليه حقيقة، وأما المودع فلا يبرأ أيضاً إلاَّ بتسليم الوديعة إلى مالكها لأنَّها للحفظ، ولم يرض بحفظ غيره إذ لو رضي به لما أودعها عنده **(وإنْ رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مسانهة بريء)** إذا هلكت قبل الوصول إلى المالك لأنَّه من عيال المستعير، وله ردها بيد من في عياله **(وكذا إنْ ردها)** أي الدابة **(مع أجير ربها)** أي رب الدابة مشاهرةً أو مسانهة **(أو)** مع **(عبده)** أي رب الدابة بريء عن الضمان إذا هلكت استحساناً، والقياس أنْ لا يبرأ إلاَّ بالتسليم إلى صاحبها كما ذكرناه آنفاً هذا في زمانهم، وأما في زماننا فلا يبرى إلاَّ بالتسليم إلى يد صاحبها كما في الشمني **(يقوم)** حال من أجير لا صفة عبد لأنَّ الجملة نكرة **(على الدابة أو لا)** يقوم، وهو الصحيح لأنَّ الدابة، وإنْ لم تكن في يده دائماً إلاَّ أنها تدفع إليه في بعض الأوقات فيكون رضى المالك بدفعها إليه موجوداً **(بخلاف الأجنبي والأجير مياومة)** فإنَّه إذا ردها مع الأجنبي أو الأجير مياومة لا يبرأ، لأنَّه لا يعد من العيال فلا يرضى المالك به، فيضمن إنْ هلكت قبل الوصول **(و)** بخلاف **(رد شيءٍ نفيس)** كعقد اللآلي **(إلى دار مالكه)** فإنَّه إنْ هلك قبل القبض يلزم الضمان لأنَّ هذا لا يعد تسليماً في العرف **(ويكتب مستعير الأرض للزراعة قد اطعمتني أرضك لا أعرتني)** أي إذا أعيرت الأرض للزراعة، وأراد المستعير أنْ يكتب كتاباً يكتب أنك قد أطعمتني أرضك، ولا يكتب قد أعرتني عند الإمام لأنَّ لفظ الإطعام أدل على الزراعة لأنَّ عين الأرض لا يطعم، وإنما يطعم ما يحصل منها بخلاف الإعارة فيها لأنَّها قد تكون للبناء **(خلافاً لهما)** فإنَّ عندهما يكتب الإعارة لأنَّ لفظ الإعارة موضوع لهذا

. . . .

مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مسانهة) أي لا مياومة **(بريء)** لأنَّه من عياله، **(وكذا إنْ ردها مع أجير ربها)** أي مشاهرة كما مر **(أو)** مع **(عبده)** مطلقاً **(يقوم على الدابة أولاً)** على الأصح **(بخلاف الأجنبي والأجير مياومة)** أي لو العارية مؤقتة فمضت مدتها، ثم بعثها مع الأجنبي، وإلاَّ فالمستعير يملك الإيداع كالعارية من الأجنبي على المفتي به كما في التنوير وغيره فتعين حمل كلامهم على هذا فليحفظ **(و)** بخلاف **(رد شيء نفيس)** كجوهر **(إلى دار مالكه)** أو لعبده لعدم التعارف فيضمن بالهلاك لا بالرد لربها ولو يوضع بين يديها **(وتكتب مستعير الأرض للزراعة، قد أطعمتني أرضك لا أعرتني خلافاً لهما)** فعندهما يكتب: أعرتني لأنَّه الصريح كما في إعارة الثوب والدار، **قلنا: ذاك** أصرح بالمقصود كيلا يعلم البناء، ونحوه فكان أولى. **(قلت)**: وههنا فروع مهمة كتبتها في شرح التنوير فعليك بها، ومنها لو ادعى ايصال الأمانة إلى مستحقها يقبل قوله كمودع ادعى الرد، وكناظر ادعى الصرف للموقوف عليهم يعني من الأولاد والفقراء، وأما لو ادعى الصرف إلى وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله في حق أرباب الوظائف لكن لا يضمن ما أنكروه له، بل يدفعه ثانياً من مال الوقف كما في حاشية أخي زاده وغيرها،

. . . .

العقد والكتابة بالموضوع أولى وإذا أعيرت الأرض سكنى لا للزراعة، يكتب أنك أعرتني أرضك بالاتفاق، وفي التنوير ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله: كالمودع ادعى الرد والوكيل والناظر سواء كان في حياة مستحقها أو بعد موته، إلاَّ في الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنَّه قبضه ودفع له في حياته لم يقبل إلاَّ ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين.

. . . .

وقدمناه في الوقف فليحفظ وكالوكيل إلاَّ في الموكل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت موكله أنَّه قبضه ودفعه له في حياته لم يقبل إلاَّ ببينة لأنَّه يوجب الضمان على الميت، وهو ضمان مثل المقبوض، فلا يصدق كما في وكالة الولوالجية، وظاهره أنَّه لا يصدق إلاَّ في حق نفسه، ولا في حق الموكل وقد افتى بعضهم أنَّه يصدق في حق نفسه فقط وحمل عليه كلام الولوالجية فتأمل عند الفتوى فلو استعار كتاباً فوجد فيه خطأ أصلحه إنْ علم رضي ربه، ولا يأثم بتركه إلاَّ في القرآن فإنَّ إصلاحه واجب بخط مناسب ففي الوهبانية، ومعاياتها، وسفر رأي إصلاحه مستعيرة يجوز إذا مولاه لا يتأثر، وأي معير ليس يملك أخذ ما، أعار وفي غير الرهان يصور، وهل واهب لابن يصح رجوعه، وهل مودع ما صنيع المال يحضر.

كتاب الهبة

هي تمليك عين بلا عوض وتصح بإيجاب وقبول وتتم بالقبض الكامل فإنْ قبض في

كتاب الهبة

وجه المناسبة بين ما قبلها، وبينها ظاهر لأنَّ ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض، وهي تمليك العين، كذلك وهي لغة التفضل على الغير بما ينفعه، ولو غير مال كقوله تعالى: ﴿يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور﴾ [الشورى: ٤٩] وفي العناية أنَّها في اللغة عبارة عن إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه، قال الله تعالى: ﴿فهب لي من لدنك ولياً﴾ [مريم: ٥] انتهى. وهو يرجع إلى المعنى الأول، ويتعدى أما باللام نحو وهبته له وحكى أبو عمر وهبتكه كما في القاموس، وقالوا: بحذف اللام منه، وأما بمن نحو وهبته منك على ما جاء به في أحاديث كثيرة في الصحيح كما في دقائق النووي فظن من المطرزي أنَّه خطأ. ومن التفتازاني أنَّه عبارة الفقهاء، كما في القهستاني وفي الشريعة (**هي تمليك عين بلا عوض**) هذا تعريف للهبة

. . . .

كتاب الهبة

وجه المناسبة غير خفي (**هي**) لغة تفضل على الغير، ولو غير مال ويتعدى بنفسه، وباللام وبمن كما في الاختيار، وقد جاء بمن في أحاديث كثيرة في الصحيح فقول المطرزي: أنَّه خطأ والتفتازاني أنَّه عبارة الفقهاء ظن وشرعاً (**تمليك عين**) حالاً ولو هازلاً أو مازحاً (**بلا**) ذكر (**عوض**) لا إنْ عدم العوض شرط فيه، وأفاد أنها تصح بالتعاطي فإنَّ سببها الثواب الدنيوي كالعوض والثناء، أو الأخروي كالنعيم المخلد كما في النهاية وغيرها، فيشمل الهدية التي بها يراد إكرم المهدي لا غير، والصدقة التي يراد بها وجه الله تعالى، ثم الظاهر عدم تحققها فيما ليس بمال فذكره أحسن وإنْ أشكل بهبة الطاعات لغيره إنْ أمره بقبضه صحت استحساناً لرجوعها لهبة العين، وإلا لم يجز، وأفاد أنها تصح بالتعاطي إذ التمليك أعطاه الملك والإعطاء كالإيتاء التمليك بلا عوض، ذكره الكرماني وغيره لكنه يوهم أنَّ الإيجاب ليس بركن وهو ركن بلا خلاف، ولذا قال، (**وتصح بإيجاب**) فقط في الواهب لأنَّه تبرع إذ لو حلف أنْ يهب

. . . .

المحضة العارية عن شرط العوض فإنَّ الهبة بشرط العوض بيع انتهاء فتثبت الشفعة والخيار كما سيأتي، فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض فعلى هذا لا يلزم ما ارتكبه صاحب الدرر واعتراض بعض عليه تدبر، والمراد بالعين عين المال لا العين المطلق بقرينة التمليك المضاف إليه لأنَّ العين الذي ليس بمال لا يفيد الملك.

وكذا المراد بالتمليك هو التمليك في الحال لأنَّ قوله: وهبت لإنشاء الهبة حالاً كبعت فلا حاجة إلى قول من قال: هي تمليك مال للحال للاحتراز عن الوصية، ولأنَّ العين قد لا يكون ما لا تدبر فخرجت عن هذا التعريف الإباحة والعارية والإجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه الدين، فإنَّ عقد الهبة إسقاط، وإنْ كان بلفظ الهبة، وهي أمر مندوب وصنع محمود محبوب قال ﷺ: «تهادوا تحابوا»[1] وقبولها سنة فإنَّه عليه الصلاة والسلام قبل هدية العبد، وقال: في حديث بريرة: «هو لها صدقة ولنا هدية»[2] وقال عليه السلام: «لو أهدى إلى طعام لقلبت، ولو دعيت إلى كراع لأجبت»[3] وإليها أي الإجابة الإشارة بقوله تعالى) ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً﴾ [النساء: ٤] أي مسروراً مريئاً أي راضياً على لأكل، وهي

. . . .

فوهب، ولم يقبل بر وبعكسه حنث بخلاف البيع **(وقبول)** ولو بالفعل في حق الموهوب له كما في المنح، قال: وما نقل عن المحيط عن عدم اشتراط القبول مشكل انتهى، لكن أيده القهستاني بما قالوا: لو وضع ماله في طريق ليكون ملكاً للرافع جاز، فلا يشترط التصريح بالهبة، ثم شرائط صحتها، في الواهب العقل والبلوغ والملك، وفي الموهوب أنْ يكون مقبوضاً غير مشاع مميزاً غير مشغول وحكمها ثبوت الملك غير لازم، فله الرجوع والفسخ وعدم صحة خيار الشرط فيها، ولا تبطل بالشروط الفاسدة، كما في التنوير ومحاسنها كثيرة حتى قال الإمام أبو منصور، يجب على المؤمن أنْ يعلم ولده الجود والإحسان كالتوحيد والإيمان **(وتتم بالقبض)** أي الحيازة، وهي أنْ يصير الشيء في حيز القابض **(الكامل)** يعم ما لم يقسم إلاَّ أنَّه تكتفي فيه بالقبض القاصر كما في القهستاني عن الهداية، لكن فسر صاحب الدرر الكامل بالممكن في الموهوب وأنَّه في كل ما يناسبه، فمفتاح الدار قبض لها،

---

(١) أخرجه الموطأ (حسن الخلق، ١٦)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/ ٧٤.

(٢) أخرجه البخاري (زكاة، ٦١، ٦٢)، (هبة، ٧)، (نكاح، ١٨) (طلاق، ١٤، ١٧) (فرائض، ١٩)، ومسلم (زكاة، ١٧٠ ـ ١٧٢) (عتق، ١٠، ١١، ١٤)، وأبو داود (زكاة، ٣٠)، والنسائي (زكاة، ٩٩) (طلاق، ٦، ٢٩، ٣١، ٤٣٧) (عرى، ٥) (بيوع، ٧٨)، وابن ماجه (طلاق، ٢٩)، والدارمي (طلاق، ١٥)، والموطأ (طلاق، ٢٥)، وأحمد بن حنبل (١، ٢٨١، ٣٦١، ٣، ١١٧، ١٣٠، ١٨٠، ٢٧٦، ٦، ٤٦، ١١٥، ١٢٣، ١٥٠، ١٧٢، ١٧٥، ١٧٨، ١٩١، ٢٠٧)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/ ٧٩.

(٣) أخرجه البخاري (هبة، ٢) (نكاح، ٧٣)، ومسلم (نكاح، ١٠٤)، وأحمد بن حنبل (٢، ٤٢٤، ٤٧٩، ٤٨١، ٥١٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٥/ ٥٦٠.

. . . .

نوعان تمليك وإسقاط وعليهما الإجماع كما في الاختيار، وسببها إرادة الخير للواهب دنيوي كالعوض وحسن الثناء والمحبة من الموهوب له وأخروي، قال الإمام أبو منصور: يجب على المؤمن أنْ يعلم ولده الجود والإحسان، كما يجب عليه أنْ يعلمه التوحيد والإيمان إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة، كما في النهاية وشرائط صحتها في الواهب العقل والبلوغ، والملك وفي الموهوب أنْ يكون مقبوضاً غير مشاع مميزاً غير مشغول وحكمها ثبوت الملك في العين الموهوبة غير لازم وعدم صحة خيار الشرط فيها وأنَّها لا تبطل بالشروط الفسادة كما سيأتي وركنها هو الإيجاب والقبول، وعن هذا قال: **(وتصح)** الهبة **(بإيجاب وقبول)** على ما في الكافي وغيره لأنَّها عقد وقيام العقد بالإيجاب والقبول، وإنما حنث بمجرد الإيجاب فيما إذا حلف لا يهب فوهب، ولم يقبل لأنَّ الغرض عدم إظهار الجود، وقد وجد الإظهار لكن ذكر في الكرماني أنَّ الإيجاب في الهبة عقد تام، والقبول ليس بركن كما أشار إليه في الخلاصة وغيرها، وفي المبسوط القبض كالقبول في البيع، ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر إلى القبول، وفي القهستاني ولعل الحق هذا، فإنَّ في التأويلات التصريح بالهبة غير لازم، ولذا قال أصحابنا لو وضع ماله في طريق ليكون ملكاً للرافع جاز انتهى، لكن يمكن الجواب بأنَّ القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة فيكون أخذه قبولاً دلالة **(وتتم)** الهبة **(بالقبض الكامل)** ولو كان الموهوب شاغلاً لملك الواهب لا مشغولاً به، لقوله عليه السلام: «لا تجوز الهبة إلاَّ مقبوضة»[١]، والمراد هنا نفي الملك لا الجواز لأنَّ جوازها بدون القبض ثابت خلافاً لمالك فإنَّ عنده ليس القبض بشرط الهبة، قال صاحب المنح: هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لا تجوز، والأصل في جنس هذه المسائل أنَّ اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة مثاله وهب جراباً فيه طعام لا تجوز، ولو وهب طعاماً في جراب جازت، واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط أنَّه لا يمنع فإنَّه قال: أعار داراً من إنسان ثم أنَّ المستعير غصب متاعاً ووضعه في الدار، ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار.

وكذلك لو أن المعير هو الذي غصب المتاع، ووضعه في الدار ثم وهب المعير من المستعير كانت الهبة تامة وتمامه فيه، فليراجع في الخانية رجل وهب داراً وسلم، وفيها متاع الواهب لا تجوز لأنَّ الموهوب مشغول بما ليس بهبة، فلا يصح التسليم، ولو وهبت امرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها وزوجها أيضاً ساكن فيها جازت الهبة، ويصير الزوج قابضاً للدار لأنَّ المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم، وفي الخلاصة رجل وهب لابنه الصغير

---

(١) أخرجه البخاري (هبة، ٢٣)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/ ٣٣٩.

المجلس بلا إذن صح وبعده لا بد من الإذن وتنعقد بوهبت ونحلت وأعطيت وأطعمتك

داراً والدار مشغولة بمتاع الواهب جازت، ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والأب ساكنها لا تجوز عند الإمام وعندهما تجوز وعليه الفتوى، والمراد بالقبض الكامل في المنقول ما هو المناسب، وفي العقار أيضاً ما يناسبه فأخذ مفتاح الدار الموهوبة قبض لها بخلاف ما لو وهب ثياباً في صندوق مقفل ودفع الصندوق لا يكون قبضاً فلا تتم الهبة، وفي الفصولين هبة المريض تبطل بموته قبل التسليم إذ الهبة في المرض ولو كانت وصية حتى تعتبر من الثلث لكنها هبة حقيقة فلا بد من القبض ولم يوجد **(فإن قبض)** الموهوب **(في المجلس)** أي مجلس الهبة **(بلا إذن)** صريح من الواهب **(صح)** استحساناً والقياس أنْ لا يجوز، وهو قول الشافعي لأنَّه تصرف في ملك الغير، ولا يجوز إلاَّ بإذنه وجه الاستحسان أن القبض كالقبول في الهبة من حيث أنَّه يتوقف عليه ثبوت حكمه، وهو الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض كما أنَّ الإيجاب منه يكون تسليطاً على القبول **(وبعده)** أي بعد المجلس أراد به بعد الافتراق **(لا بد من الإذن)** الصريح، فلا يصح القبض بعد الافتراق بلا إذن صريح لأنَّا أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول، والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما نزل منزلته، فإنْ قيل: يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض صريحاً فإنَّ التسليط موجود لكن لم يجز له القبض، أجيب بأنَّه إذا نهاه صريحاً لا تعمل الدلالة بعده لأنَّ الدلالة لا تعمل بمقابلة الصريح، فلهذا لو نهاه عن القبض لا يصح قبضه لا في المجلس ولا بعده، وفي القهستاني والحاصل أنَّه إذ أذن بالقبض صريحاً يصح قبضه في المجلس وبعده، ويملكه قياساً واستحساناً ولو نهى عن القبض بعد الهبة لا يصح القبض لا في المجلس ولا بعده، ولا يمكنه قياساً ولو لم يأذن له بالقبض، ولم ينه عنه إنْ قبض في المجلس صح القبض استحساناً لا قياساً، وإنْ قبض بعد المجلس لا يصح القبض قياساً واستحساناً، ولو كان الموهوب غائباً فذهب وقبض، فإنْ كان القبض بإذن الواهب جاز استحساناً لا قياساً، وإنْ كان بغير إذنه لا يجوز هذا لكنه مخالف لما ذكرنا من التأويلات انتهى.

لكن يمكن التوفيق بأنْ وضع ماله في طريق ليكون ملكاً للرافع إذنٌ بالقبض دلالة فيجوز، فلا مخالفة أصلاً تدبر **(وتنعقد)** الهبة **(بوهبت)** أي بقوله: وهبت لأنَّه صريح، وفي الفرائد قال المصنف: أولاً وتصح بإيجاب وقبول فمال إلى أنَّ ركن الهبة الإيجاب والقبول، ثم قال: وينعقد بوهبت إلى آخره، ومال إلى أنَّ ركن الهبة الإيجاب فقط كما أنَّ صاحب الهداية فعل كذلك لكن يمكن الجواب بأنَّ المصنف بين أولاً الركن فقال: الإيجاب والقبول، ثم أراد

. . . .

وفيما يحمل القسمة بالقسمة وفيما لا يحتملها بتبعية الكل **(فإن قبض في المجلس بلا إذن صح وبعده لا بد من الإذن)** والحاصل أنَّه إنْ أذن بالقبض صريحاً صح قبضه في المجلس وبعده، ولو نهاه لم يصح قبضه لا في المجلس ولا بعده لأنَّ الصريح أقوى من الدلالة ولو لم يأذن، ولم ينه صح قبضه في المجلس لا بعده، ولو كان الموهوب غائباً فذهب وقبض أنْ يأذن صح وإلاَّ لا، ذكره القهستاني

هذا الطعام وكسوتك هذا الثوب وأعمرتك هذا الشيء وجعلته لك عمرى وداري لك هبة تسكنها وبنيتها في حملتك على هذه الدابة وإنْ قال: داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة

يبين ألفاظ الإيجاب فقال: وتنعقد بوهبت إلى آخره، فلا يلزم ما قاله صاحب الفرائد تدبر (**ونحلت**) لكثرة استعماله فيه (**وأعطيت وأطعمتك هذا الطعام**) لأنَّ الإطعام إذا نسب إلى ما يطعم عينه يكون هبة كما مر أطلقه فشمل ما إذا كان على وجه المزاح كما في الخلاصة وغيرها. ولو قال: هبني هذا الشيء على وجه المزاح، فقال: وهبت وسلم إليه جاز، وعن ابن المبارك أنَّه مرَّ على قوم يضربون الطنبور، فقال لهم: هبوا هذا مني فدفعوه إليه فضرب به الأرض، فكسره فقالوا: يا شيخ خدعتنا انتهى، وشمل ما لو قال: القوم قد وهبت جارية هذه لأحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم ملكها كما في الخانية. وكذا بقوله أذنت للناس جميعاً في تمر نخلي، من أخذ منه شيئاً فهو له فبلغ الناس، فمن أخذ شيئاً يملكه كما نقله صاحب البحر عن المنتقي، ثم قال: وظاهره أنَّ من أخذ منه، ولم تبلغه مقالة الواهب، لا يكون له كما لا يخفى، انتهى. لكن مخالف لما مرَّ آنفاً من أنَّه لو وضع ماله في طريق ليكون ملكاً للرافع جاز لأنَّه مطلق سواء بلغته المقالة أو لا تأمل (**وكسوتك هذا الثوب**) لأنَّ الكسوة يراد بها التمليك، وفي الخلاصة لو دفع إلى رجل ثوباً، وقال: ألبس نفسك ففعل، يكون هبة ولو دفع إليه دارهم فقال: أنفقها يكون قرضاً (**واعمرتك هذا الشيء**) لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعمر عمري فهو للمعمر له ولورثته من بعده»[1] ولأنَّ العمري تمليك للحال، فثبت الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع، ولذا لو شرط الرجوع صريحاً يبطل شرطه أيضاً كما لو قال: وهبتك هذا العبد حياتك أو حياته أو أعمرتك داري هذه حياتك، أو أعطيتها حياتك أو وهبت هذا العبد حياتك، فإذا مت فهو لي، وإذا مت فهو لورثني، فهذا تمليك صحيح وشرطه باطل (**وجعلته لك عمري**) لأنَّ اللام فيه للتمليك، فصار كأنه قال: ملكتك هذا الشيء إلى آخر عمري (**وداري لك**) حال كونها (**هبة تسكنها**) لأنَّ اللام في لك للتمليك ظاهراً، وقوله تسكنها مشورة، وتنبيه على المقصود وليس بتفسير، فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله (**وبنيتها**) أي بنية الهبة (**في حملتك على هذه الدابة**) لأنَّ الحمل يستعمل في الهبة مجازاً، فيحمل عليها عنده النية كما مر في العارية (**وإنْ قال: داري لك**) حالة كونها (**هبة سكنى**) لما مر أنَّ سكنى تمييز، فيصير تفسيراً لما قاله: لكونه محكماً في تمليك المنفعة فتكون عارية (**أو**)

. . . .

(**وتنعقد بوهبت ونحلت وأعطيت وأطعمتك هذا الطعام وكسوتك هذا الثوب واعمرتك هذا الشيء وجعلته لك عمري وداري لك هبة**) أي عمري (**تسكنها**) لأنَّ قوله تسكنها مشورة لا تفسير لأنَّ الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم، كقوله: هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه (**وبنيتها**) أي نية الهبة (**في**)

---

(١) أخرجه النسائي (عمرى، ٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/ ١٨٨.

أو نحلي سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة فعارية وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة لا ما يحتملها فإن قسم وسلم صح ولا تصح هبة دقيق في بر ودهن في

داري لك حال كونها (**سكنى هبة**) لأنَّ في هذا تمليك منفعة (**أو**) داري لك حل كونها (**نحلى**) على وزن حبلى العطية (**سكنى**) فتقدير نحلتها نحلة سكنى فسكنى يرفع الإبهام (**أو**) داري لك حال كونها (**سكنى صدقة**) فسكنى يقرر تمليك المنفعة (**أو**) داري لك حال كونها (**صدقة عارية**) لأنَّ العارية تمييز، فيصير تفسيراً لما قبله (**أو**) داري لك (**عارية هبة**) أي داري لك بطريق العارية حال كون منافعها لك، لأنَّ قول العارية صريح في تمليك المنفعة (**فعارية**) أي فجميع هذه العبارات تكون عارية لا هبةً (**وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة**) أي ليس من شأنَه أنْ يقسم بمعنى لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة أصلاً كعبد ودابة ولا يبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام (**لا**) أي لا تصح هبة (**ما**) أي مشاع (**يحتملها**) أي القسمة على وجه ينتفع بعد القسمة كما قبلها، كالأرض والثوب والدار ونحو ذلك، ولو كانت الهبة لشريك الواهب لأنَّ القبض في الهبة منصوص عليه، فيشترط كماله، والمشاع لا يقبل القبض إلاَّ بضم غيره إليه، وذلك غير موهوب فلم يوجد القبض الكامل فاكتفى بالقبض القاصر ضرورة ولا تجوز فيما يحتمل القسمة خلافاً للبيع فإنَّه جائز فيها وقالت الأئمة الثلاثة: الهبة عقد تمليك، فتجوز في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وأراد المصنف بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطاري، كان يرجع الواهب في بعض الهبة شائعاً فإنَّه لا يفسدها أما الاستحقاق فيفسد الكل لأنَّه مقارن لا طاريء قيد بالهبة لأنَّ الرهن يبطله الشيوع الطاري كالمقارن كما في البحر وفي الدرر اعتراض على صدر الشريعة في هذا المحل فليراجع (**فإنْ قسم**) أي إفراز الجزء الموهوب المشاع (**وسلم**) إلى الموهوب له (**صح**) العقد لحصول الشرط بعد رفع الشيوع، وهو كمال الشيوع ولو سلمه شائعاً حتى لا ينفذ تصرفه فيه، ويكون مضموناً عليه وينفذ فيه تصرف الواهب كما في الدرر، وفي المنح هبة المشاع إذا فسدت لا تفيد الملك وإنْ قبض الجملة روى ذلك عن أبي يوسف، وهو الصحيح وفي الخلاصة الهبة الفاسدة

. . . .

حملتك على هذه الدابة وإلاَّ فعارية (**وإنْ قال: داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة أو نحلي سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة فعارية**) لما مر في العارية إنْ منحتك هذه الدراهم هبة أو الأرض فعارية. (**قلت**): والحاصل أنَّ اللفظ إنْ أنبأ عن تملك الرقبة فهبة أو المنافع فعارية أو احتمل اعتبر النية كما في النوازل وإذا لم ينو حمل على أدناهما وهو العارية كما في الشرنبلالية وقد مر (**وتصح هبة مشاع لا تحتمل القسمة**) كعبد ودابة وبيت وحمام صغيرين، وهذا لو وهب قدراً معلوماً وإلا لم يجز لأنَّها جهالة توجب التنازع (**لا**) تتم بالقبض فيـ (**ـما يحتملها**) ولو لشريكه لعدم تصور القبض الكامل والمانع شيوع مقارن لا طاريء، ولا استحقاق مقارن فيفسد الكل، (**فإن قسم**) المشاع قبل التسليم (**وسلم صح**) لكمال القبض فلو سلمه شائعاً ثم وهبه الباقي وسلمه لا يملكه، فلا ينفذ تصرفه فيه

سمسم وسمن في لبن وإنْ طحن أو استخرج الدهن وسلم وهبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل وزرع في أرض وتمر في نخل كهبة المشاع، وهبة شيء هو في يد الموهوم له تتم بلا تجديد قبض وهبة الأب لطفله تتم بالعقد وإنْ الموهوب في يد الأب

مضمونة بالقبض، ولا يثبت الملك للموهوب له بالقبض هو المختار، وفي جامع الفصولين والبزازية أنَّ الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض، وبه يفتي فقد اختلف التصحيح لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما أفاده في بعض المعتبرات (**ولا تصح هبة دقيق في بر و**) هبة (**دهن في سمسم وسمن في لبن وإنْ**) وصلية (**طحن**) البر (**أو استخرج الدهن**) من السمسم والسمن من اللبن (**وسلم**) لأنَّ الموهوب معدوم وقت الهبة والمعدوم ليس بمحل للملك بخلاف المشاع إذ هو محل له حيث كان موجوداً وقت العقد إلاَّ أنَّه يتوقف على القسمة، والتسليم وذلك لا ينافي العقد (**وهبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل وزرع في أرض وتمر في نخل كهبة المشاع**) لأنَّ امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع حتى إذا فصلت هذه الأشياء عن ملك الواهب وسلمت صحت بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة لا تجوز، لأنَّ في وجوده احتمالاً فصار كالمعدوم، وفي الكافي لو وهب زرعاً في أرض وتمراً في شجر وأمر بالحصاد والجذاذ جاز استحساناً، ويجعل كأنَّه وهبه بعد الحصاد والجذاذ (**وهبة شيء هو في يد الموهوب له تتم بلا تجديد قبض**) لتحقق شرط الهبة، وهو القبض لأنَّ القبض الواجب بالهبة قبض أمانة فينوب عنه كل قبض، بخلاف ما إذا باعه منه لأنَّ القبض فيه مضمون، فلا ينوب عنه قبض أمانة فيلزمه قبض جديد وفي إطلاقه شامل لما إذا كانت في يده أمانة أو مضمونة، ولو وديعة كأنَّه بعد الهبة لم يكن عاملاً للمالك فاعتبرت يد الحقيقة (**وهبة الأب لطفله تتم بالعقد**) لأنَّه في قبض الأب فينوب عن قبض الصغير لأنَّه وليه (**وإنْ**) كان

. . . .

فيضمنه، وينفذ تصرف الواهب كما اعتمده في التنوير تبعاً للدرر والغرر وغيرها، لفساد العقدين وقيل يملكه بالقبض لكنَّه ملك خبيث، وبه يفتي كما في القهستاني عن المضمرات. (**قلت**): وكذا في الدرر عن الفصول أنَّ الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض، وبه يفتي وكذا في المنح عن البزازية، ثم قال: فقد اختلف التصحيح لكن لفظ الفتوى أقوى ومفاده أنه لا رجوع للقريب في الهبة الفاسدة على هذا القول المفتي به كما أفاده في الشرنبلالية على خلاف ما في الدرر فتدبر، (**ولا تصح هبة دقيق في بر ودهن في سمسم وسمن في لبن وإنْ**) وصلية (**طحن أو استخرج وسلم**) لأنَّه معدوم فوقع باطلاً فيفتقر لعقد جديد بخلاف الوصية بها لصحتها بالمعدوم (و) أما (**هبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل وزرع في أرض وتمر في نخل**) فإنَّه (**كهبة المشاع**) فلو فصله وسلمه جاز لزوال المانع، ولو الموهوب شاغلاً لملك الواهب لا مشغولاً به إلاَّ في مسائل منها إذا وهب الأب لطفله أو المرأة لزوجها لأنَّها ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم. (**قلت**): وحيلة هبة المشغول أنْ يودع الشاغل أو لا عند الموهوب له ثم يسلمه الدار مثلاً فتصح لشغلها بمتاع في يده كما في الجوهرة وغيرها، فليحفظ (**وهبة شيء هو في يد الموهوب له**)، ولو بغصب أو أمانة (**تتم بلا تجديد قبض**) لأنَّه حينئذ عامل لنفسه والأصل أنَّ القبضين

أو يد مودعه إلاَّ إن كان في يد غاصب أو مبتاع بيعاً فاسداً أو متهب والصدقة في ذلك كالهبة والأم كالأب عند غيبته غيبة منقطعة أو موته وعدم وصيه إن كان الطفل في عيالها وكذا كل من يعول الطفل وهبة الأجنبي له تتم بقبضه لو عاقلاً ويقبض أبيه أو جده أو

(**الموهوب في يد الأب**) فلا يحتاج إلى قبض جديد سواء كان في عياله أو لا لكن يلزم الإشهاد، وعليه الاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته (**أو**) في (**يد مودعه**) لأنَّ المودع كيد المالك (**إلاَّ إن كان**) الموهوب (**في يد غاصب**) أي لو غصب عبده مثلاً غاصب فوهب لابنه الصغير وهو في يد الغاصب، لا تتم الهبة بمجرد العقد لأنَّه ليس في يد الأب حقيقة وحكماً لكونه مضموناً، والضمان إنما يكون بتفويت اليد (**أو**) في يد (**مبتاع بيعاً فاسداً**) أي لو باعه بيعاً فاسداً وسلم، ثم وهبه لابنه الصغير لا تجوز (**أو**) في يد (**متهب**) معناه لو وهب لآخر بلا عوض، ثم وهبه لابنه الصغير لا تجوز، وهو ظاهر لكن في عامة المعتبرات أو في يد مرتهن مكان متهب، يعني لو رهن لآخر، ثم وهب لطفله لا تتم الهبة بمجرد العقد تتبع (**والصدقة في ذلك كالهبة**) والمراد من الصدقة هنا التصدق لابنه فقط وألا يلزم التكرار، لأنَّ المصنف ذكر مطلق الصدقة في آخر هذا الكتاب، فعلى هذا تفسير صاحب الفرائد في هذا المحل مطلقاً ليس بشيء تتبع (**والأم كالأب**) في أنَّ هبتها لطفلها تتم بالعقد (**عند غيبته**) أي الأب (**غيبة منقطعة**) وتفسيرها تقدم في باب الأولياء (**أو موته**) أي الأب (**وعدم وصيه إنْ كان الطفل في عيالها**) لأنَّ اللام ولاية الحفظ إذا كان في حجرها لكن بشرط غيبة الأب غيبة منقطعة أو موته وعدم وصيه لأنَّه عند حضور الأب أو الوصي لا يكون للأم ذلك، ولو في حجرها (**وكذا كل من يعول الطفل**) كالعم والأخ لأنَّ هذا محض نفع للطفل ولأنَّه لما كان له تأديبه وتسليمه في حرفه كان له التصرف النافع بتمليكه بمجرد الهبة إذا كان في يده كما في الأب عند عدم الأب (**وهبة الأجنبي له**) أي للطفل (**تتم بقبضه**) أي بقبض الطفل (**لو**) كان (**عاقلاً**) أي مميزاً يعقل التحصيل، ولو

. . . .

إذا تجانسا تناوبا للتشابه وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى دون العكس لكنه ليس على إطلاقه، فإنَّه إذا كان مضموناً لغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا ينوب قبضه عن القبض الواجب، فلو باع من المودع احتاج إلى قبض جديد وتمامه في العمادية ذكره القهستاني (**وهبة الأب لطفله تتم بالعقد**) والأصل أنَّ كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالإيجاب (و) هذا (**إنْ**) كان (**الموهوب**) معلوماً وكان (**في يد الأب أو يد موديعه**) لأنَّ يده كيده (**إلاَّ إنْ كان في يد غاصب أو مبتاع بيعاً فاسداً أو متهب**) أو مستأجر لقبض كل لنفسه، فلم يكن كقبض الأب (**والصدقة في ذلك كالهبة والأم**) ونحوها، (**كالأب عند غيبته غيبة منقطعة**) مر تعريفها في النكاح، (**أو موته وعدم**) الجد و (**وصيه**) لأنَّ وليه أحد هؤلاء الأربعة، وإنْ لم يكن في عيالهم، وعند عدمهم تتم بقبض كل من يعوله، فلذا قال: (**إن كان الطفل في عيالها وكذا**) الحكم في (**كل من يعول الطفل**) ولو أجنبياً كما يأتي لوجود الولاية (**وهبة الأجنبي له**) أي للطفل (**تتم بقبضه**) بنفسه (**لو**) كان أي مميزاً يعقل التصليح، ولو مع وجود أبيه في

وصي أحدهما أو أمه أن في حجرها أو أجنبي بربيه أو يقبض زوج الطفلة لها ولو مع حضرة الأب بعد الزفاف لا قبله وصح هبة اثنين لواحد داراً لا عكسه خلافاً لهما وصح

أبوه حياً لأنَّه في التصرف النافع يلحق بالبالغ العاقل، وفي البحر من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئاً فرده يصح كما يصح قبوله وفي السراجية من وهب للصغير شيئاً له أنْ يرجع فيه، وليس للأب التعويض من مال الصغير وفي الخانية ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته (و) تتم أيضاً **(بقبض أبيه)** حال صغره **(أو جده أو وصي أحدهما)** أي بقبض وصي الأب أو وصي الجد الصحيح سواء كان الصغير في حجرهم أو لا لأنَّ لهؤلاء ولايةً على اليتيم أما الأب فظاهر، وأما غيره من الجد والوصي فلقيامهم مقام الأب **(أو)** بقبض **(أمه أن)** كان الطفل **(في حجرها)** لما مر. وفي الخلاصة، ويباح للوالدين أنْ يأكلا من المأكول والموهوب للصغير فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلاَّ عنده الاحتياج وأشار إلى ما علم أنَّ ما وهب للصغير يكون ملكاً له، أما لو اتخذ الأب وليمةً للختان فأهدى الناس هداياً ووضعوا بين يدي الولد فإنْ كانت الهبة تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان، أو بشيء يستعمله الصبيان فالهدية للصبي، وإلاَّ ينظر إنْ كان من أقرباء الأب أو معارفه فهو للأب، وإن كان من أقرباء الأم أو معارفها فهو للأم سواء كان المهدي يقول: عند الهدية هذا للصبي أم لا، وهذا إذا لم يقل المهدي هذا له أو لها.

وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته كما مر، وفي السراجية وينبغي أنْ يعدل بين أولاده في العطايا، والعدل عند أبي يوسف أنْ يعطيهم على السواء هو المختار، كما في الخلاصة، وعند محمد يعطيهم على سبيل المواريث وإنْ كان بعض أولاده مشتغلاً بالعلم دون الكسب لا بأس بأن يفضله على غيره، وعلى جواب المتأخرين لا بأس بأن يعطي من أولاده من كان عالماً متأدباً، ولا يعطي منهم من كان فاسقاً فاجراً **(أو)** بقبض **(أجنبي يربيه)** ويحجره لأنَّ له عليه يد معتبرة، حتى لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك النفع في حقه **(أو)** تتم **(بقبض زوج الطفلة لها)** أي للطفلة **(ولو)** وصلية **(مع حضرة الأب بعد الزفاف)** أي بعد أنْ زفت الصغيرة إليه في الصحيح لأنَّ الأب أقامه مقام نفسه في حفظها، وقبض الهبة منه، ولو قبضه الأب أيضاً صح لأنَّ الولاية له واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج، لأنَّه إنما يملكه باعتبار أنَّه يعولها، وذلك بعد الزفاف **(لا قبله)** أي لا يصح قبض الزوج قبل الزفاف لأنَّه لا يعولها قبله، ولا يشترط أنْ يكون مما يجامع مثلها في الصحيح **(وصح هبة اثنين لواحد داراً)** لأنَّها سلمت جملة،

. . . .

النافع وصح رده لها كقبوله (و) تتم **(بقبض أبيه أو جده أو وصي أحدهما)** إنْ كان في عيالهم أولاً، كما قدمنا **(أو أمه)** ونحوها **(إنْ)** كان **(في حجرها أو)** في حجر **(أجنبي يربيه)** ولو ملتقطاً **(أو بقبض زوج الطفلة)** الهبة **(لها ولو مع حضرة الأب بعد الزفاف)**، جومع مثلها أو لا على الصحيح لتفويض الأب أمورها إليه، **(لا قبله)**، أي الزفاف لعدم الولاية. **(قلت)**: وسكت عن قبض مربيه بحضرة أبيه

تصدق عشرة على فقيرين وهبتها لهما ولا تصحان لغنيين خلافاً لهما.

وقبض جملة فلا شيوع، وفيه إشعار بأن هبة الإثنين للإثنين لا تجوز **(لا عكسه)** أي لاتصح هبة الواحد للاثنين عند الإمام وزفر لأنَّ هذه هبة النصف من كل واحد فيثبت الشيوع، والقبض في المشاع لا يتحقق بخلاف الرهن لأنَّ حكم الحبس بالدين، وهو ثابت لكل واحد منهما بكماله، وقال يعقوب باشا: رجل وهب من رجلين شيئاً يحتمل القسمة، فالهبة فاسدة، وليست بباطلة عند الإمام، فإذا قبضا ثبت لهما الملك على قول وبه يفتي، كما في الذخيرة ويعلم من هذا أنَّ المراد من عدم الصحة الفساد لا البطلان كما لا يخفى فلتأمل انتهى. **(خلافاً لهما)** فإنَّ عندهما تصح نظراً إلى أنَّه عقد واحد، فلا شيوع كما إذا رهن من رجلين، وفي السراجية وهب من رجلين درهماً صحيحاً تجوز وعليه الفتوى، لأنَّها هبة مشاع لا يقسم وإنما قيدنا بالصحيح لأنَّ المغشوش في حكم العروض فيكون مما يقسم، فلا تصح هبته للرجلين للشيوع **(وصح تصدق عشرة)** دراهم **(على فقيرين وهبتها)** أي هبة عشرة دراهم **(لهما)** أي الفقيرين **(ولا تصحان)** أي لا يصح التصدق بعشرة، ولا هبتها **(لغنيين)** هذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر، حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة، والصدقة على الغنيين هبة وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حيث أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة، والجامع بينهما أنَّ كلاً منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة والفرق أنَّ الصدقة ينبغي بها وجه الله، وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة، فيكون تمليكاً من اثنين، ولهذا لو أوصى ثلث ماله للفقراء صح وإنْ كانوا مجهولين لأنَّها وقعت لله تعالى، وهو معلوم ولو أوصى به للأغنياء غير معينين لا يجوز في الأصل سوى بينهما فوجب أنْ يمنع في الباقين، فكان في المسألة روايتان، وقيل المراد بالصدقة المذكورة في الأصل الصدقة على غنيين، فلا مخالفة بين الروايتين، وهذا كله على قول الإمام **(خلافاً لهما)** فإنَّ عندهما الهبة من شخص جائزة فالصدقة أولى.

. . . .

للاختلاف فيه، ففي المنح والبحر وشرح المجمع وغيرها، لا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة المذكورين مع وجود واحد منهم على ما قدمنا، لكن ظاهر القهستاني اعتماد الجواز، وعزاه لفخر الإسلام وغيره، وفي البرجندي وهو الصحيح، فليحفظ وقالوا: حسنات الغصير له ولأبويه ثواب التعليم، وتمامه فيما علقناه على التنوير وأطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان فأفاد أنَّ الأم لو وهبت مهرها قبل قبضه لولدها لا تتم إلاَّ بقبضه إنْ أمرته به، وقدمناه فتنبه **(وصح هبة اثنين)** معاً أو أكثر **(لواحد داراً)** اتفاقاً لعدم الشيوع **(لا)** يصح ويفسد **(عكسه)** عنده للشيوع **(خلافاً لهما)** نظراً لاتحاد العقد، فلا شيوع وهذا لو كبيرين والدار تحتمل القسمة فلو لم تحتملها كالبيت صح اتفاقاً لو وهب لكبير وصغير في عيال الكبير أو لابنيه صغير وكبير لم يجز اتفاقاً للشيوع بتفرق القبض، **(وصح تصدق عشرة)** أو أكثر من الدراهم **(على فقيرين وهبتها لهما)** اتفاقاً فيهما على الصحيح لأنَّ الهبة للفقير صدقة، والصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد، فلا شيوع **(ولا تصحان لغنيين)** عيده **(خلافاً لهما)** لاتحاد التمليك قلنا الصدقة على الغني هبة فلا تصح بالشيوع أي لا تملك حتى لو قسمها وسلمها صح ولو وهب لرجلين درهماً إنْ صحيحاً صح وإنْ مغشوشاً لا لأنَّه كالعروض ويجوز هبة حائط بين داره وبين دار جاره لجاره وهبت البيت.

باب الرجوع عنها

يصح الرجوع فيها كلاً أو بعضاً ويكره ويمنع منه حروف دمع خزقة. فالدال الزيادة

باب الرجوع عنها

أي عن الهبة قد ذكرنا أنَّ حكم الهبة ثبوت الملك للموهب له غير لازم، فكان الرجوع صحيحاً وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج إلى ذكر ذلك في باب على حدة فقال: **(يصح الرجوع فيها)** أي في الهبة بعد القبض ولو مع إسقاط حقه من الرجوع بأن قال: أسقطت حقي من الرجوع **(كلا أو بعضاً)** ما لم يمنع مانع من الموانع الآتية، وعند الأئمة الثلاثة لا يصح الرجوع في الهبة إلاَّ للوالد فيما وهب لولده لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يعطي لولده والعائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»[1]. وفي رواية: لا يحل لواهب أن يرجع في هبته، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها»[2] أي ما لم يعوض، والمراد به بعد التسليم لأنَّها لا تكون هبة حقيقة قبله فلهذا قيدنا ببعد القبض وتأويل ما رووه أنَّ الواهب لا يستبد بالرجوع من غير تراضٍ، ولا حكم حاكم إلاَّ الوالد، فإنَّ له أنْ يأخذ من ابنه عند الحاجة من غير رضاء، ولا قضاء كساء أموال ابنه **(ويكره)** أي الرجوع تحريماً لأنَّ الإمام الزاهدي قد وصف الرجوع بالقبح، وكذا الحدادي وكثير من الشارحين، ولا يقال للمكروه تنزيهاً قبيح لأنَّه من قبيل المباح أو قريب منه كما في المنح **(ويمنح منه)** أي من الرجوع **(حروف دمع خزقة)** أخذها من بيت شعر قيل فيه، وهو قوله:

ومانع عن الرجوع في الهبة (يا صاحبي حروف دمع خزَقة)

. . . .

(قلت): فهذا يدل على أنَّ كون سقف الواهب على الحائط أو اختلاط البيت بحيطان الدار، لا يمنع صحة الهبة كما في المجتبى، فليحفظ.

باب الرجوع عنها

ويدخل فيها الهدية فإنَّ للمهدي الرجوع كما في المنية وغيرها **(صح الرجوع فيها)** أي في الهبة الصحيحة بعد القبض وإنْ أسقط حقه من الرجوع بلا مانع مما يأتي **(كلاً أو بعضاً)** أي فلا يمنع الشيوع فسخها، كما لو وهبها عبداً لأحدهما الرجوع **(و)** لكن **(يكره)** تحريماً كما في التنوير، وقيل: تنزيهاً

---

(١) أخرجه البخاري (هبة، ١٤، ٣٠) (جهاد، ١٣٧) (حيل، ١٤)، ومسلم (هبات، ٧، ٨)، وأبو داود (بيوع، ٨١)، والنسائي (هبة، ٢ ـ ٤)، (رقبى، ٢)، وابن ماجه (هبات، ٥)، وأحمد بن حنبل (١، ٢١٧، ٢٥٠، ٢٨٠، ٢٩١، ٣٣٩، ٣٤٢، ٣٤٥، ٢، ١٨٢، ٢٠٨، ٤٣٠، ٤٩٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/ ٣٤٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه (هبات، ٦)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/ ٣٣٩.

المتصلة كالبناء والغرس والسمن لا المنفصلة والميم موت أحد العاقدين والعين العوض

وفي خزانة الفقه إثني عشر ينقطع به حق الرجوع إذا كان الموهوب له ذا رحم محرم منه أو كانت زوجته أو كان زوجها، أو كان أجنبياً وعوضها وقال: خذ هذا عوض هبتك أو بدلاً عنها أو جزاء عنها أو مكافأة عنها أو في مقابلها، أو مات أحدهما أو خرج عن ملكه أو زاد فيها زيادةً متصلة بأن كان عبداً صغيراً فكبر، أو كان مهزولاً فسمن أو كانت أرضاً فبنى فيها، أو كانت ثوباً فخاطه أو صنعه صنعاً يزيد أو غيره، بأن كان حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو سويقاً فلته بسمن أو كان لبناً فاتخذه جبناً أو سمناً أو إقطاً أو كانت جارية فعلمها القرآن، أو الكتابة أو المشاطة تسعة أشياء لا ينقطع به حق الرجوع إذا زادت قيمته، أو ولدت الموهوبة يرجع في الأم دون الولد أو أثمرت الشجرة يرجع في الشجر دون الثمر، أو كان ثوباً قطعه ولم يخطه، أو كان داراً فانهدم شيء منها أو وهب لبني عمه أو في مرضه لورثته، ثم مات الواهب عقبه فلورثته الرجوع فيه أو وهب لأخيه ولأجنبي عبداً يرجع في نصيب الأجنبي أو استحق العوض يرجع في الهبة أو استحق الهبة يرجع في العوض انتهى.

ثم شرع أنْ يبين ذلك بالفاء التفصيلية بقوله: **(فالدال)** من هذه الحروف **(الزيادة المتصلة)** بالموهوب **(كالبناء)** على الأرض إذا كان يوجب زيادة في الأرض، وإنْ كانت لا يوجب لا يمنع الرجوع وإنْ كان يوجب في قطعة منها بأنْ كانت الأرض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع من تلك القطعة دون غيرها، كما في التبيين، وفي السراجية إذا وهب أرضاً فبنى الموهوب له فيها بناء بطل الرجوع، ولو زال عاد حق الرجوع **(والغرس)** وفي المنح رجل وهب لرجل أرضاً بيضاء أنبتت في ناحية منها نخلاً أو بنى فيها بيتاً أو دكاناً كان ذلك زيادة فيها، وليس له أنْ يرجع في شيء منها **(والسمن)** بأن كان الموهوب هزالاً فسمن عند الموهوب له واحترز بالمتصلة عن الزيادة المنفصلة، وعن هذا قال: **(لا المنفصلة)** كالولد والإرش والعقر فإنَّه يرجع في الأصل دون الزيادة قيد بالزيادة لأنَّ النقصان كالحبل، وقطع الثوب بفعل الموهوب أو لا غير مانع لما في التبيين من أنَّه لا يرجع في الجارية الموهبة إذا ولدت، حتى

. . . .

للدناءة. وقال الشافعي: لا يصح الرجوع إلاَّ في الولد، وأطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان، فلا رجوع في هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله لكونها إسقاطاً كما مر، كذا ذكره الباقاني لكن مقتضى ما مر أيضاً أنَّه لا يفتقر إلى القبول، وبه صرح في الكنز كما نقله القهستاني فتأمل **(ويمنع منه)** أي، ويمنع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي **(حروف دمع خزقة)** قيل هو من نظم الإمام النسفي وقيل لغيره **(فالدال الزيادة)** في قيمة الموهوب **(المتصلة)** بالعين الموهوبة، ولو من غير الموهوب له كاللقط مع الإعراب وتعليم القرآن أو الكتابة، أو عمل آخر أو إسلام الكافر، أو قصارة الثوب أو نقل تمر، ونحوه من بغداد إلى بلخ و **(كالبناء والغرس والسمن)** والكبر والصحة والتجصيص والتطيين، وتحديد السكين ونحوها **(لا المنفصلة)** كالولد والإرش والعقر فتكون للموهوب له ويرجع بالجارية إذا استغنى الولد عنها، ولو

المضاف إليها إذا قبض نحو خذ هذه عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها ولو

يستغني ولدها فإذا جعلت، ولم ترد فللواهب الرجوع فيها لأنَّه نقصان انتهى، لكن يخالف ما في السراج من أنَّه لو وهب له جارية فحبلت في يد الموهوب له، فأراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك لأنَّها متصلة بزيادة لم تكن موهوبةً تتبع، ثم المراد بالاتصال هو أنْ يكون في نفس الموهوب شيءٍ يوجب زيادة في القيمة، كما هو المذكور في المتن، وكالجمال والخياطة والصبغ، ونحو ذلك وإنْ زاد من حيث السعر فله الرجوع لأنَّه لا زيادة للعين، وكذا إذا زاد في نفسه من غير أنْ يزيد في القيمة كما إذا طال الغلام الموهوب لأنَّه نقصان في الحقيقة، فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل عندهما ينقطع الرجوع خلافاً لأبي يوسف، ولو وهب عبداً كافراً فأسلم في يد الموهوب له أو وهب عبداً حلال الدم فعفا ولي الجناية، وهو في يد الموهوب له لا يرجع، ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع، ولا يسترد منه الفداء، ولو علم الموهوب له العبد القرآن أو الكتابة أو الصنعة لم يمنع الرجوع لأنَّ هذه ليست زيادة في العين فأشبهت الزيادة في السعر، وفيه خلاف زفر وروي الخلاف في العكس ولو اختلفا في الزيادة، فالقول للواهب لأنَّه ينكر لزوم العقد كما في التبيين، وشرح الكنز للعيني وفي الخانية ولو علم القرآن أو الكتابة والقراءة، أو كانت أعجمية فعلمها الكلام أو شيئاً من الحروف لا يرجع الواهب في هبته لحدوث الزيادة في العين، انتهى هذا يخالف ما في التبيين كما في المنح، وفيه كلام لأنَّ صاحب التبيين أشار إلى ما في الخانية فقال: ويروي الخلاف في العكس تدبر، ولو أنَّ مريضاً وهب لرجل جاريةً فوطئها الموهوب له ثم مات الواهب، وعليه دين مستغرق ترد الهبة، ويجب على الموهوب له العقر وهو المختار **(والميم موت أحد العاقدين)** أما موت الموهوب له فلخروج الموهوب عن ملكه وانتقاله إلى وارثه، وأما موت الواهب فلتعذر الرجوع منه والوارث ليس بواهب والنص في حق الواهب هذا إذا كان بعد التسليم لأنَّه قبل التسليم بطلت لعدم الملك، ورجوع المستأمن إلى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت، فإنْ كان الحربي أذنْ للمسلم في قبضه، وقبضه بعد رجوعه إلى دار الحرب جاز استحساناً **(والعين العوض المضاف إليها)** أي إلى الهبة **(إذا قبض)** الواهب العوض، وفسره بقوله **(نحو خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها)** أي عن هبتك **(أو)** خذه **(في مقابلتها)** أي مقابلة الهبة لأنَّ الشرط

. . . .

ارتفع مانع الزيادة كبناء انهدم عاد حق الرجوع كما في الدرر. **(قلت)**: وهو المعتمد، فتدبر **(والميم موت أحد العاقدين)** بعد التسليم، فلو قبله بطل، ولو اختلفا فالقول لذي اليد، وقد نظم مصنف التنوير ما يسقط بالموت، فقال: كفارة دية خراج ورابع، ضمان لعتق هكذا نفقات.

كذا هبة حكم الجميع سقوطها، بموت لما أنَّ الجميع صلات، **(والعين العوض المضاف إليها إذا قبض)** بأنْ يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض عن كلها أو بعضها ولو من جنسها لا من عينها فدقيق الحنطة يصلح عِوضاً عنها **(نحو خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها)** وقبضه الواهب

كان من أجنبي فلو لم يضف فلكل أنْ يرجع فيما وهب والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية وقت الهبة فله الرجوع لو وهب ثم نكح لا لو وهب ثم أبان

في كونه عوضاً أنْ يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض **(ولو)** وصلية **(كان)** التعويض **(من أجنبي)** أي جاز العوض من أجنبي وسقط حق الواهب في الرجوع في الهبة إذا قبض العوض لأنَّ العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع، ولو كان التعويض بغير إذن الموهوب له، ولا رجوع للمعوض على الموهوب له، ولو كان شريكه سواء كان بإذنه أو لا لأنَّ التعويض ليس بواجب عليه، فصار كما لو أمره أنْ يتبرع لإنسان إلاَّ إذا قال: عليَّ أني ضامن **(فلو لم يضف)** أي لم يقل الموهوب له خذ عوض هبتك، يكون فعله هبة مبتدأة لا تعويضاً فيشترط فيه ما يشترط في الهبة من القبض **(فلكل)** واحد منهما **(أنْ يرجع فيما وهب)** وفي المبسوط هذا سواء كانت الهبة شيئاً قليلاً أو كثيراً وسواء كان العوض من جنسها أو من غير جنسها لأنَّها ليست بمعاوضة محضة حتى يتحقق فيها الربا وإنما هي لقطع الرجوع **(والخاء الخروج)** أي خروج العين الموهوبة **(عن ملك الموهوب له)** بسبب من أسباب الملك كالبيع، والهبة فإنْ تبدل الملك كتبدل العين، فلو ضحى الشاة الموهوبة أو نذر التصدق بها، وصارت لحماً لا يمنع الرجوع عند الطرفين خلافاً لأبي يوسف **(والزاي الزوجية)** أي الزوجية مانعة من الرجوع لأنَّ المقصود فيها الصلة أي الإحسان كما في القرابة **(وقت الهبة فله الرجوع لو وهب ثم نكح)** لأنَّها لم تكن زوجة وقت الهبة **(لا)** يرجع **(لو وهب ثم أبان)** لوجود الزوجية المانعة وقت الهبة

. . . .

سقط رجوعه **(ولو)** وصلية **(كان)** العوض **(من أجنبي)** بغيره أمره، ولم يرجع ولو بأمره إلاَّ إذا ضمنه صريحاً لعدم وجوب التعويض بخلاف قضاء الدين، والضابط أنَّ كل ما يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه مثبتاً للرجوع من غير اشتراط الضمان، وما لا فلا إلاَّ بشرط الضمان كما في التنوير. **(قلت)**: ويستثنى ما في كفالة الخانية قال: أنفق على بناء داري أو قال الأسير: اشترني فإنَّه يرجع فيهما بلا شرط رجوع مع عدم المطالبة بحبس وملازمة فتأمل، ولا يجوز للأب أنْ يعوض عما وهب للصغير من ماله ولا يصح تعويض مسلم عن نصراني عن هبة خمر أو خنزير **(فلو لم يضف)** العوض إلى الهبة **(فلكل)** منهما **(أن يرجع فيما وهب)** ويشترط اشتراطه في عقد الهبة أما لو عوضه بعده فلا كما في المجتبى، ولم أره لغيره فتبصر **(والخاء الخروج عن ملك الموهوب له)** ولو بهبة لكن لو رجع رجع عليه، ثم الشرط خروجه عن ملكه بالكلية أي من كل وجه فلو ذبحها، ولو للتضحية أو للقران أو النذر، وصارت لحماً فله الرجوع اتفاقاً، وكذا لو وهبه ثوباً فجعله صدقة لله تعالى، خلافاً لأبي يوسف، ولو وهبها لزوجها، ثم رجع لم يعد النكاح اتفاقاً، وكذا لو وهب عبده المديون أو الجاني خطأً لغريمه أو لولي الجناية ثم رجع صح استحساناً، ولا يعود الدين والنجاية عند محمد وإحدى الروايتين عن الإمام **(والزاي الزوجية، وقت الهبة فله الرجوع لو وهب)** لامرأة **(ثم نكح لا لو وهب)** لامرأته **(ثم أبان)** وكذا عكسه وأما هبة المولى لأم ولده، ولو في مرضه فلغو، ولا تنقلب وصية إذ لا بد

والقاف القرابة فلا رجوع فيما وهب لذي رحم محرم والهاء هلاك الموهوب والقول فيه قول الموهوب له وفي الزيادة قول الواهب ولو عوض فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وإنْ استحق نصف العوض لا يرجع بشيء حتى يرد باقيه وإنْ استحق الكل رجع

(والقاف القرابة) لأنَّ المقصود منها صلة الرحم، وقد حصل، وفي الرجوع قطعية الرحم فلا يرجع سواء كان القريب مسلماً أو كافراً، ثم فسر القرابة بقوله: **(فلا رجوع فيما وهب لذي رحم محرم)** من الواهب، وإنْ وهب لمحرم بلا رحم كأخيه من الرضاء وأمهات النساء والربائب، وأزواج البنين والبنات لا يمنع الرجوع، وقيد بالمحرم لأنَّ الرحم بلا محرم كابن عمه لا يمنع الرجوع، ولو وهب لعبد أخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي فإنَّه يرجع فيها عند الإمام، وقالا لا يرجع في الأولى، ويرجع في الثانية، ولو كانا أي العبد ومولاه ذا رحم محرم، من الواهب، فلا رجوع فيها أي في الهبة للواهب اتفاقاً على الأصح **(والهاء هلاك الموهوب)** فإنَّه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك إذ هو غير مضمون عليه **(والقول فيه)** أي في الهلاك **(قول الموهوب له)** لأنَّه منكر لوجوب الرد عليه فأشبه المودع، وفي الخلاصة لو قال الموهوب له: هلكت فالقول قوله، ولا يمين عليه وإنْ قال الواهب: هي هذه حلف المنكر أنَّها ليست هذه كما يحلف الواهب أنَّ الموهوب له ليس بأخيه إذا ادعى الأخ عليه ذلك كما في المنح **(وفي الزيادة قول الواهب)** أي لو ادعى الموهوب له ازدياد ما في يده زيادة متصلة، وأنكرها الواهب فيكون القول له خلافاً لزفر **(ولو عوض)** الموهوب له **(فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض)** لأنَّ نصف العوض عوض عن نصف الهبة، فلما لم يسلم له نصف الهبة يرجع بنصف

. . . .

للمحجور، نعم لو أوصى لها بعد موته تصح لعتقها بموته، **(والقاف القرابة)** المحرمية نسباً ومنعه الشافعي مطلقاً لا للأب فيما يهبه لولده **(فلا رجوع فيما وهب لذي رحم محرم)** منه نسباً، ولو ذمياً أو مستأمناً كما في التنوير وغيره وعبارة القهستاني، ولو كافراً حربياً فليحرر، فلو وهب لمحرم بلا رحم كولد عمه، وأخيه رضاعاً أو نسباً وهو عبد لأجنبي رجع، ولو كانا ذا رحم محرم من الواهب لم يرجع اتفاقاً على الأصح.

وكذا لو وهب لمحرم مكاتب أو لوكيل أخيه لأنَّ الملك، والقبض يقعان له كما في المنية، ولو وهب لأخيه وأجنبي مما لا يقسم فقبضاه له الرجوع في حظ الأجنبي لعدم المانع كما في التنوير والدرر **(والهاء هلاك الموهوب)** أي تلف عينه أو عامة منافعه مع بقاء الملكية، فلا تظن أنَّ الخروج عن الملك مغن عنه، فلولث بالماء تراب موهوب لم يرجع كما لو وهب سيفاً فجعله سكيناً أو سيفاً آخر بخلاف شاة ذبحها كما مر، فتدبر **(والقول فيه)** أي في هلاكه **(قول الموهوب له)** بلا يمين كما في الدرر، زاد في التنوير، فإنْ قال الواهب: هي هذه حلف المنكر أنَّها ليست هذه كما يحلف الواهب أنَّ الموهوب له ليس بأخيه إذا ادعى ذلك (و) القول **(في الزيادة قول الواهب)** أي لو متولدة ككبر وسمن وجمال، وأما في نحو بناء وخياطة وصبغ فللموهوب له كما في الخانية والحاوي ومثله في المحيط، لكنَّه استثنى ما لو كان لا يغني في مثل تلك المدة **(ولو عوض فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض)** كسائر

بالكل فيهما ولو عوض عن نصفها فله أنْ يرجع بما لم يعوض ولو خرج نصفها عن ملكه فله أنْ يرجع بما لم يخرج ولا يصح الرجوع إلاَّ بتراضٍ أو حكم قاضٍ فلو أعتق الموهوب له بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم نفذ ولو منعه فهلك لا يضمن وهو مع

العوض كما في البيع **(وإنْ استحق نصف العوض لا يرجع)** الواهب **(بشيء حتى يرد باقيه)** أي باقي العوض لأنَّ العوض ليس ببدل حقيقة، بدليل أنَّه يجوز أنْ يعوضه أقل من جنسه في المقدرات، ولو كان معاوضةً لما جاز للربا، وإنما أعطاه ليسقط حقه في الرجوع كما مر آنفاً إلاَّ أنَّه لم يرضَ بسقوط حقه إلاَّ بسلامة كل العوض، فإذا لم يسلم له كله كان له الخيار إنْ شاء رضيَّ بما بقي من العوض، وإنْ شاء رد الباقي عليه، ويرجع في الهبة خلافاً لزفر إذ عنده يرجع بالنصف اعتياراً بالموهوب **(وإنْ استحق الكل رجع بالكل فيهما)** أي لو استحق كل الهبة كل للموهوب له أنْ يرجع في جميع العوض إنْ كان قائماً، وبمثله أنَّ هالكاً، وهو مثلي وبقيمته إنْ قيمياً ولو استحق كل العوض حيث يرجع في كل الهبة إنْ كانت قائمةً لا إن هالكةً ويشترط أنْ لا تزداد العين الموهوبة، فلو استحق العوض، وقد ازدادت الهبة لم يرجع كما في الخلاصة **(ولو عوض عن نصفها)** أي الهبة **(فله)** أي للواهب **(أنْ يرجع بما لم يعوض)** لأنَّ المانع قد خص النصف غاية ما فيه أنَّه يلزم منه الشيوع في الهبة، لكنه طار فلا يضره، وفي المنح نقلاً عن المجتبي أنَّ العوض المانع من الرجوع هو المشروط في عقد الهبة، أما إذا عوضه بعده، فلا ولم أر من صرح به غيره، وفروع المذهب في هذا الباب مطلقة عن هذا الشرط، منها ما تقدم من أنَّ دقيق الحنطة يصلح عوضاً عنها، ومن أنَّه لو عوضه ولد أحد جاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فإنَّه يمتنع الرجوع، وتمامه فيه فليطالع **(ولو خرج نصفها)** أي نصف الهبة **(عن ملكه)** أي الموهوب له **(فله)** أي للواهب **(أنْ يرجع بما لم يخرج)** عن ملكه لأنَّ المانع من الرجوع، وهو الخروج عن ملكه لم يوجد إلاَّ في النصف فيتقدر الامتناع بقدره، ولأنَّ له الرجوع في كل الهبة ففي النصف أولى أن يرجع إلى ما لم يعوض **(ولا يصح الرجوع)** عن الهبة **(إلاَّ بتراضٍ)** من الطرفين **(أو حكم قاضٍ)** بالرجوع لولايته على العامة، ولولايتهما على أنفسهما كالردة بالعيب بعد القبض إذ في حصول المقصود، وعدمه خفاء لأنَّ من الجائز أنْ يكون المراد الثواب، والتحبب وعلى هذا لا يرجع لحصول المرام، ومن الجائز أنْ يكون المراد العوض، وعلى هذا يرجع، فلا بد من الإلزام والقضاء، وعند الأئمة الثلاثة يصح بدونهما، ثم فرعه بقوله: **(فلو أعتق الموهوب له)** العبد الموهوب **(بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم نفذ)** اعتاقه لأنَّه لا يخرج

. . . .

المعاوضات **(وإنْ استحق نصف العوض لا يرجع بشيء حتى يرد باقيه)** أي لو غير مشروطة، فلو مشروطاً فمبادلة **(وإن استحق الكل رجع بالكل فيهما)** أي في العوض، والهبة لو قائمة بحالها حتى لو زادت، فلا رجوع **(ولو عوض عن نصفها فله أنْ يرجع بما لم يعوض)** ولا يضر الشيوع لأنَّه طار **(ولو خرج نصفها عن ملكه فله أنْ يرجع بما لم يخرج)** لعدم المانع (و) اعلم أنَّه **(لا يصح الرجوع إلاَّ بتراضٍ أو حكم قاض)** وحينئذ **(فلو اعتق الموهوب له بعد الرجوع قبل القضاء و)** قبل **(التسليم)** للواهب **(نفذ)**

أحدهما فسخ من الأصل لا هبة من الموهوب له فلا يشترط قبضه وصح في المشاع وإنْ تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لا يرجع على واهبه والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فشرط القبض في العوضين ومنعها الشيوع في أحدهما بيع انتهاء فتثبت الشفعة وخيار العيب والشرط، والرؤية في كل واحد منهما.

عن ملك الموهوب له إلاَّ بالقضاء أو الرضى، فيصح إعتاقه قبلها **(ولو منعه)** أي منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد أنْ يرجع قبل القضاء أو بعده **(فهلك)** الموهوب في يد الموهوب له **(لا يضمن)** لأنَّ يده غير مضمونة إلاَّ إذا طلبه بعد القضاء، فمنعه مع القدرة على التسليم، فحينئذ يكون يده يد ضمان لمنعه طلبه، فظهر الفرق بين المنع بعد الرجوع، وبين المنع بعد الطلب **(وهو)** أي الرجوع **(مع أحدهما)** أي مع التراضي أو قضاء القاضي **(فسخ)** لعقد الهبة **(من الأصل)** أو إعادة للملك القديم **(لا هبة من الموهوب له)** وعند زفر الرجوع بالتراضي عقد جديد، فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة، ولنا إنْ عقد الهبة وقع جائزاً موجباً لحق الفسخ، فإذا رجع الواهب كان مستوفياً لحق ثابت له بالعقد، لأنَّ العقد وقع غير لازم لا ابتداء لعقد جديد ثم فرعه بقوله **(فلا يشترط قبضه)** أي الواهب لأنَّ القبض إنما يعتمد في انتقال الملك لا في عوده إلى الملك القديم **(وصح)** أي الرجوع **(في المشاع)** القابل للقسمة بأنْ وهب داراً ورجع في نصفها، ولو كان هبة مبتدأة لما صح في المشاع القابل للقسمة **(وإنْ تلف الموهوب)** عند الموهوب له **(فاستحق)** مستحق **(فضمن الموهوب له)** قيمته للمستحق **(لا يرجع على واهبه)** بما ضمن لأنَّ العقد تبرع، وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة، ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لأنَّ المودع عامل له، وبخلاف المعاوضات لأنَّ عقد المعاوضة يقتضي السلامة والإعارة، كالهبة هنا كما في التنوير **(والهبة بشرط العوض هبة ابتداء)** أي في ابتداء العقد **(فشرط القبض في العوضين)** لأنَّ القبض شرط في الهبة لما مر، وكل واحد منهما واهب من وجه **(ومنعها)** أي الهبة **(الشيوع)** فيما يحتمل القسمة **(في أحدهما)** أي في أحد العوضين لما

. . . .

الإعتاق **(ولو منعه)** بعد الرجوع **(فهلك)** في يده، ولو بعد القضاء **(لا يضمن)** إلاَّ إذا طلبه بعد القضاء فمنعه بلا عذر لأنَّه تعد **(وهو مع أحدهما)** أي الرجوع مع القضاء أو الرضى **(فسخ)** لعقد الهبة **(من الأصل)** وإعادة لملكه القديم **(لا هبة)** **(للواهب من الموهوب له)** فلهذا **(لا يشترط قبضه)** أي الواهب **(وصح)** أي الرجوع **(في المشاع)** ولو كان هبته لما صح وللواهب رده على بائعه مطلقاً فافترقا بهذه الثلاثة، ثم مرادهم بفسخه عدم ترتب أثر في المستقبل لا بطلان أثره أصلاً وإلاَّ لعاد المنفصل إلى ملك الواهب برجوعه، كما في الفصولين، وفي المجتبى لا إقالة في هبة وصدقه لمحرم إلاَّ بالقبض وكل شيء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه، فهذا حكمه وفي الأشباه الهبة تكون مجازاً عن الإقالة في البيع والإجارة **(وإنْ تلف الموهوب)** في يد الموهوب له **(فاستحق فضمن الموهوب له لا يرجع على واهبه)** لأنَّها عقد تبرع، فلا يستحق فيه السلامة وكذا الإعارة **(والهبة)** والهدية **(بشرط العوض)** أي المعين **(هبة ابتداء فشرط القبض في العوضين)** في المجلس أو بعده بالإذن **(ومنعها)** أي هذه الهبة **(الشيوع في أحدهما)** لو فيما يقسم كما هو حكم الهبة **(بيع انتهاء)** أي عند القبض **(فثبت الشفعة)** مع شرائطها

فصل

ومن وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها صحت الهبة وبطل الاستثناء، والشرط وكذا لو وهب داراً على أن يرد عليه بعضها أو يعوضه

مر من أنَّ هبة المشاع لا تصح (**بيع انتهاء**) أي في انتهاء العقد بعد التقابض (**فتثبت الشفعة**) إذا كان عقاراً كما مر (**وخيار العيب والشرط، والرؤية في كل واحد منهما**) والفاء في قوله: فشرط، وفي قوله: فتثبت نتيجة ما قبلهما من الكلام، وعند زفر والأئمة الثلاثة بيع مطلقاً أي ابتداء وانتهاء لأنَّها تمليك ببدل من الابتداء، فكان بيعاً ولنا أنَّه اشتمل على وجهين، فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين، فيكون ابتداؤه معتبراً بلفظه فيجري فيه إحكام الهبة وانتهاؤه معتبراً بمعناه فيجري فيه إحكام البيع، ولا منافاة بين الحكمين لأنَّ الهبة من حكمها تأخير الملك إلى القبض، ومن حكم البيع اللزوم، وقد ينقلب الهبة البيع بالتعويض هذا إذا ذكره بكلمة علي بأن يقال: وهبتك ذا علي أنْ تعوضني كذا إذا لو قال: وهبتك بكذا فهو بيع إجماعاً كما في الحقائق، والغاية وظاهره أنَّه بيع ابتداء وانتهاء كما في البحر، وفيه إشعار بأنه إذا كان حرف الشرط كلمة أنْ بأنْ يقول: وهبتك كذا إنْ كان كذا ينبغي أن تكون الهبة باطلة كالبيع.

فصــل

في بيان إحكام مسائل متفرقة (**ومن وهب أمةً إلاَّ حملها أو**) وهبها (**على**) شرط (**أنْ يردها**) أي يرد الموهوب له الأمة (**عليه**) أي على الواهب (**أو**) على أنْ (**يعتقها أو**) على أنْ (**يستولدها**) أي يتخذ الأمة أم ولد (**صحت الهبة**) في الصور كلها (**وبطل الاستثناء**) لأنَّه لا يعمل إلاَّ في محل يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحمل قصداً لأنَّ ما في البطن ليس بمالٍ ولا يعلم وجوده حقيقة، فتصح فيهما، وفي الجنين لا يجوز لأنَّه جزء منها فلا يجوز استثاؤه، بخلاف الوصية لأنَّ إفراد الحمل بالوصية جائز.

. . . .

(**وخيار العيب والشرط والرؤية في كل منهما**) كما هو حكم البيع، وهذا لو بحرف كلمة على دون الباء كوهبتك بكذا فإنَّه بيع ابتداء وانتهاء إجماعاً وقيدنا العوض بالمعين لبطلان المجهول فتكون هبة ابتداء وانتهاء وفي حرف الشرط، كوهبتك كذا إنْ كان كذا ينبغي بطلان الهبة كالبيع ذكره القهستاني. (**فروع**): وهب الواقف أرضاً شرط استبداله بلا شرط عوض، لم يجز وإن شرط كان كبيع ذكره الناصحي وفي المجمع وأجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساوٍ ومنعناه. (**قلت**) فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف وبين مال الصغير.

فصــل

في مسائل متفرقة (**ومن وهب أمته إلاَّ حملها أو على أنْ يردها عليه أو**) على أنْ (**يعتقها أو يستولدها**) ونحو ذلك من الشروط المفسدة للبيع (**صحت الهبة**) لأنَّها لا تبطل بذلك (**و**) لكن (**بطل الاستثناء**) في الصورة الأولى (**و**) بطل (**الشرط**) في الصور الباقية لأنَّه بعض أو مجهول، والهبة لا تبطل

شيئاً منها ولو دبر الحمل ثم وهبها فالهبة باطلة بخلاف ما لو أعتقه ثم وهبها ومن قال لمديونه إذا جاء غد فالدين لك أو فأنت بريء منه أو إن أديت إلى نصفه فالباقي لك أو فأنت بريء منه فهو باطل والعمرى جائزة للمعمر حال حياته ولورثته بعده وهي أن يجعل

وكذا استثناؤه (و) بطل (الشرط) في الصور الباقية لكونه مخالفاً بمقتضى العقد، والتمليك فيكون فاسداً والهبة لا تفسد بالشرط الفاسد كما مر (وكذا) تصح الهبة، وبطل الشرط (لو وهب داراً على أنْ يرد) أي الموهوب له (عليه) أي على الواهب (بعضها) أي الدار (أو) على أنْ (يعوضه شيئاً منها) أي من الدار واعترض الزيلعي تبعاً لصاحب النهاية على قولهم أو يعوضه شيئاً منها بأنَّ المراد به إما الهبة بشرط العوض، فهي والشرط جائزان، فلا يستقيم قوله: وبطل الشرط، وإنْ أراد أن يعوضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنَّه ذكره بقوله: على أنْ يرد شيئاً منها، انتهى وأجاب صاحب الدرر بأن نختار الشق الأول، وقوله: فهي والشرط جائزان ممنوع، وإنما يجوز إذا كان العوض معلوماً كما عرفت من المباحث السابقة، وصرح به بعض شراح الهداية.

وكذا الحال في الصدقة انتهى لكن إنَّ ما جعل مبني الجواب من كون العوض المجهول شرطاً فاسداً موافق للخانية في مسألة هبة الأرض بشرط انفاق ما يخرج منها على الواهب لكنَّه مخالف لما قاله التمرتاشي: من أنَّه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض جاز لأنَّ الهبة تقتضي عوضاً مجهولاً، وقد أجاب بعض الفضلاء بأنَّا نختار الشق الثاني، ولا تكرار لأنَّ في عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى لكن الأولى ما في شرح الكنز للعيني من أنَّه لا يلزم التكرار أصلاً، لأنَّ قوله على أنْ يرد عليه شيئاً منها لا يستلزم أنْ يكون عوضاً، لأنَّ كونه عوضاً إنما هو بألفاظ مخصوصة، فيجوز أنْ يكون رداً ولا يكون عوضاً لعدم الاستلزام، وأما قوله: أو يعوضه شيئاً منها فصريح بالعوض، ولا شك أنَّهما متغايران (ولو دبر الحمل ثم وهبها) أي الأمة (فالهبة باطلة) لأنَّ المدبر يبقى على ملك الواهب إلى موته فصار كهبة المشاع (بخلاف ما لو أعتقه) أي الحمل (ثم وهبها) أي الأمة فإنَّه يجوز العتق في الولد، والهبة في الأمة لأنَّ الجنين لم يبق على ملك الواهب، فلم تشتغل الأمة غير حضانة الولد (ومن قال لمديونه إذا جاء غد فالدين لك أو) قال: (فأنت بريء منه) أي من الدين (أو) قال: (إنْ أديت إلي نصفه) أي الدين (فالباقي) أي النصف الآخر (لك أو) قال له: إنْ أديت إلي نصفه (فأنت بريء منه) أي من

. . . .

بالشروط. (قلت): ولا تنس ما مر من اشتراط معلومية العوض (وكذا) الحكم، (لو وهب داراً) أو تصدق بها (على أن يرد عليه بعضها أو) على أن (يعوضه شيئاً منها) لما ذكرنا (ولو دبر الحمل، ثم وهبها) أي أم الحمل (فالهبة باطلة) لبقاء الحمل عن ملكه فصار كالمشاع (بخلاف ما لو أعتقه ثم وهبها) لخروج الحمل عن ملكه فصار كالاستثناء فلا يمنع الصحة (ومن قال لمديونه إذا جاء غد فالدين لك أو) إذا جاء غد (فأنت بريء منه أو إنْ أديت إلي نصفه) أي الدين (فالباقي لك أو فأنت بريء منه) وإنْ مت

داره له مدة عمره فإذا مات ردت إليه والرُقبى باطلة فإن قبضها كانت عارية في يده، وعند أبي يوسف تصح كالعمرى وهيَّ أنْ يقول: إن متُ قبلك فلك ذلك وإنْ متَ قبلي

النصف الباقي (**فهو باطل**) لأنَّ الإبراء تمليك من وجه وإسقاط من وجه، ولهذا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق، وهذا تمليك من وجه، فلا يجوز تعليقه بالشرط، فيبطل بخلاف قوله: أنتَ بريء من النصف على أنْ تؤدي إلي النصف لأنَّه تقييد، وليس بتعليق كما في التبيين وغيره ولو قال: لمديونه: إنْ كان لي عليك دين أبرأتك عنه، وله عليه دين صح الإبراء لأنَّه تعليق بشرط كائن، فيكون تنجيزاً، ولو قالت لزوجها المريض: إنْ مت من مرضك هذا فأنتَ في حل من مهري أو قالت مهري عليك صدقة، فهو باطل لأنَّ هذه مخاطرة وتعليق، ولو قال الطالب لمديونه: إذا مت فأنا بريء من الدين الذي لي عليك جاز، ويكون وصية من الطالب للمطلوب كما في المنح (**والعمري جائزة للمعمر**) بفتح الميم الثانية، وهو الموهوب له (**حال حياته ولورثته بعده**) أي بعد وفاته لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعمر عمري فهو للمعمر له ولورثته»[1] لأنَّ المفهوم منه بطلان الشرط، لأنَّه قال عليه الصلاة والسلام: «ولورثته كما بيناه في أول الكتاب»، ثم أشار إلى تفسير العمري بقوله: (**وهي أنْ يجعل داره له مدة عمره فإذا مات ردت**) الدار (**إليه**) أي إلى الواهب بطل شرط الرد بعد الموت لما مر (**والرقبي**) بضم الراء (**باطلة فإنْ قبضها كانت عارية في يده**) هذا عند الطرفين (**وعند أبي يوسف تصح كالعمري**) لما رويَّ عن ابن عباس رضي الله عنهما أنَّه عليه الصلاة والسلام قال: العمري جائزة لمن أعمرها، والرقبى جائزة لمن أرقبها، وبه قال الشافعي وأحمد: والجواب عنه أنَّه مأخوذ من الأرقاب معناه رقبة داري لك، وذلك جائز لكن لما احتمل الأمرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عاريةً، ثم أشار

. . . .

بفتح التاء فأنت بريء من الدين أو إن مت من مرضك هذا أو إنْ مت من مرضي هذا فأنت في حل من مهري (**فهو باطل**) لأنَّ الإبراء عن الدين مع التعليق بشرط صريح غير صحيح، أما بشرط كائن، فيجوز تنجيزاً كقوله لمديونه إنْ كان لي عليك دين أبرأتك عنه صح، وكذا منه أو في حل جاز وكان وصيه كما في الخانية وغيرها، (**والعمرى جائزة**) تكون (**للمعمر حال حياته ولورثته بعده**) أي بعد مماته (**وهي**) أي العمرى (**أنْ يجعل داره**) مثلاً (**له**) أي للمعمر (**مدة عمره فإذا مات ردت إليه**) أي إلى الواهب، هكذا فعلوا في الجاهلية، فأبطل الشرع شرط الرد لما قررنا فتبقى لورثة الموهوب له، ولو قال: أسكنتك داري هذه حياتك ولعقبك من بعدك. فهذه عارية لتصريحه بلفظ الإسكان، وهو تصرف في المنفعة كما في المبسوط، (**والرقبى باطلة**) لأنَّها تعليق بالخطر (**فإن قبضها**) أي الرقبى (**كانت عارية في يده**)

---

(١) أخرجه النسائي (عمرى، ٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٧/ ١٨٨.

فلي، والصدقة كالهبة لا تصح بدون القبض ولا في مشاع يقسم ولا رجوع فيها ولو لغني ولا في الهبة لفقير ولو قال: جميع مالي أو ما أملكه لفلان، فهو هبة لأنَّ مملوكه لا يصير لغيره إلاَّ بتمليكه وإن قال: ما ينسب إليَّ أو ما يعرف لي فإقرار.

إلى تفسيرها بقوله: (**وهي أنْ يقول: إنْ متُّ قبلك فلك ذلك وإنْ مت قبلي فلي**) فيترقب كل واحدٍ موت صاحبه، وفي التنوير بعث إلى امرأته متاعاً وبعثت له أيضاً، ثم افترقا بعد الزفاف وادعى أنَّه عارية وأراد الاسترداد وأرادت الاسترداد أيضاً يسترد كل ما أعطيَّ لما في فتاوى قاضي ظهير الدين من أنَّه رجل تزوج امرأة، وبعث هدايا إليها وعوضت المهر لهدايا عوضاً للهبة، فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن ذلك عوضاً، وكان لكل واحد منهما أنْ يسترد (**والصدقة كالهبة**) لأنَّها تبرع مثلها، فإذا كان كذلك (**لا تصح**) الصدقة (**بدون القبض**) بل لا بد من كونها مقبوضة كالهبة (**ولا**) تصح (**في مشاع يقسم**) أنْ يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الإمام خلافاً لهما على ما تقدم في الهبة (**ولا رجوع فيها**) أي في الصدقة بعد القبض لأنَّ المقصود فيها هو الثواب دون العوض (**ولو**) كانت الصدقة (**لغني**) استحساناً لأنَّه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب لكثرة عياله، وفي الخانية ولو اختلفا فقال الواهب: كانت هبة، وقال الموهوب له: صدقة فالقول للواهب، وفي العناية في هذا المحل كلام، وفي حاشيته للمولى سعدي جواب فليطالع (**ولا**) رجوع (**في الهبة لفقير**) لأنَّ المقصود الثواب، وقد حصل بخلاف الهبة لغني لأنَّها قد تكون لعوض دنيوي (**ولو قال: جميع مالي أو ما أملكه لفلان**)، فهو هبة لأنَّ مملوكه لا يصير لغيره إلاَّ بتمليكه (**وإن قال: ما ينسب إليَّ أو ما يعرف لي**) فلان (**فإقرار**) لأنه لا يفهم منه التمليك، وإنما يفهم منه أنَّه ملك لفلان، ولكنَّه منسوب إليَّ بكونه في يدي فيكون

. . . .

وبطلانها عندهما (**وعند أبي يوسف تصح**) الرقبى (**كالعمرى، وهي أنْ يقول: إن مت قبلك فلك ذلك، وإنْ مت قبلي فلي**)، (و) اعلم أنَّ (**الصدقة كالهبة**) بجامع التبرع (**لا تصح بدون القبض**) في المجلس أو بعده إذناً (**ولا في مشاع يقسم ولا رجوع فيها ولو**) كانت الصدقة (**لغني**) لأنَّ الثواب قد حصل وهو عوض قد وصل (**ولا**) رجوع أيضاً (**في الهبة لفقير**) استحساناً فيهما، وهي على غنيين باطلة بخلاف الفقيرين على الصحيح، والصدقة على نفسه أفضل عند أبي بكر إذا كان محتاجاً، وعلى غيره عند الفقيه إذا صبر على الشدة، ولا بأس بالصدقة على من يسأل الناس إلحافاً إلاَّ إذا علم أنَّه ينفق في معصية، كما في القهستاني عن المحيط، ولو اختلفا فقال الواهب: هبة، والآخر صدقة فالقول للواهب: كما في الخانية (و) اعلم أنَّه (**لو قال جميع مالي أو**) جميع (**ما أملكه لفلان فهو هبة**) لأنَّ ما هو ملكه حقيقة يستحيل أنْ يكون ملك غيره إلاَّ بواسطة تمليكه، فيكون هبة (**وإنْ قال: ما ينسب إليَّ**) لفلان (**أو**) ما (**يعرف لي**) لفلان (**فإقرار**) لجواز كونه للمقر له، وهو في يده ويعرف به، وينسب إليه.

. . . .

إقراراً، وفي التنوير هبة الدين ممن عليه الدين، وأبراؤه عنه يتم من غير قبول تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل، إلاَّ إذا سلطه على قبضه وفي المنح نقلاً عن جواهر الفتاوى لما سألته عمن كتب قصة إلى السلطان وسأل منه تمليك أرض محدودة فأمر السلطان بالتوقيع، فكتب كاتب السلطان على ظهر القصة أني جعلت الأرض ملكاً له، هل تصير الأرض ملكاً له أم يحتاج إلى القبول من السلطان في مجلس واحد، قال: القياس نعم لأنَّه تمليك يحتاج إلى القبول عن السلطان في مجلس واحدٍ قال القياس نعم لأنه تمليك يحتاج إلى القبول عن السلطان في مجلس واحد لكن لما تعذر الوصول إليه أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره فإذا أمرَّ بذلك وأخذ منه بالتوقيع تملك.

كتاب الإجارة

هي بيع منفعة معلومة بعوض معلوم دين أو عين وما صلح ثمناً صلح أجرة وتفسد

كتاب الإجارة

عقبه بالهبة ترقياً من الأعلى إلى الأدنى فإنَّ الإجارة تمليك المنافع، والهبة تمليك العين، والعين أقوى، وهي في اللغة اسم للأجرة وهي ما يستحق على عمل الخير وفي القهستاني فإنَّها وإنْ كانت في الأصل مصدر آجر زيد يأجر بالضم أي صار أجيراً إلاَّ أنَّها في الأغلب يستعمل بمعنى الإيجار المصدر يقام بعضها مقام البعض فيقال: آجرت إجارةً أي أكريتها، ولم يجيء من فاعل بهذا المعنى على ما هو الحق كذا في الرضى، وقال بعض أهل العربية: الإجارة فعالة من المفاعلة وآجر على وزن فاعل لا أفعل لأنَّ الإيجار لم يجيء منه، والمضارع يؤاجر واسم الفاعل المؤاجر وعند الخليل أجرت زيداً مملوكي أوجره إيجاراً، وفي الأساس آجر وهو مؤجر، ولم يقل مؤاجر فإنَّه غلط ومستعمل في موضع قبيح، وقد جوز صاحب الكشاف في مقدمة الأدب كون آجره الدار من باب الأفعال والمفاعلة معاً. وفي الإصلاح **(هي)** أي الإجارة **(بيع منفعة)** احتراز عن بيع عين **(معلومة)** جنساً وقدراً **(بعوض)** مالي أو نفع من غير جنس المعقود عليه كسكنى دار بركوب دابة، ولا يجوز بسكنى دار أخرى للربا **(معلوم)** قدراً وصفة

. . . .

كتاب الإجارة

قدم الهبة لكونها تمليك عين، وهذه تمليك منفعة **(هي)** لغة اسم للأجرة وهو ما يستحق على عمل الخير ولذا يدعي به، ويقال: أعظم الله أجرك وشرعاً **(بيع منفعة معلومة)** مقصودة من العين فلو غير مقصودة كاستئجار أو أنْ ليتجمل بها أو دابة ليجنبها لم يجز بعوض معلوم دين أو عين، **(و)** اعلم أنَّ كل **(ما صلح ثمناً)** أي بدلاً في البيع **(صلح أجرة)** لأنَّها ثمن المنفعة، ولا ينعكس كلياً، فلا يقال: ما لا يجوز ثمناً لا يجوز أجرة لجواز إجارة المنفعة بالمنفعة إذا اختلفا كما يأتي **(وتفسد)** الإجارة **(بالشروط ويثبت فيها خيار الشرط والرؤية، والعيب وتقال)** أي تصح فيها الإقالة **(وتفسخ)** وتنعقد

. . . .

في غير العروض لأنَّ جهالتهما تفضي إلى المنازعة (دين) أي مثلى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب (أو عين) أي قيمي كالثياب والدواب وغيرهما، فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح فإنَّه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها، وفي الدرر وإنما عدل عن قولهم تمليك نفع معلوم بعوض كذلك لأنَّه إنْ كان تعريفاً للإجارة الصحيحة لم يكن مانعاً لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد، وبالشيوع الأصلي، وإنْ كان تعريفاً للأعم لم يكن تقييد النفع، والعوض بالمعلومية صحيحاً وما اختير ههنا تعريف للأعم انتهى، لكن المقصود قيد البدلين بالمعلومية، فقد أخرج الإجارة الفاسدة بالجهالة عن التعريف، ونبه أنَّ المعتبر في الشرع هي الإجارة الغير المفضية إلى النزاع وجعل ذكر المعلوم توطئة لقوله الآتي: والمنفعة تعلم تارةً إلى آخر تدبر والقياس يأبى جواز عقد الإجارة لأنَّ المعقود عليه معدوم، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح لكنَّه جوز لحاجة الناس إليه، وقد ثبت جوازه بالكتاب والسنة، وضرب من المعقول، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿على أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص: ٢٧] وشريعة من قبلنا لازمة ما لم يظهر نسخها، وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[١] وقوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[٢] وأما المعقول فلأنَّ بالناس حاجةً إليه، ولا مفسدة فيه وتنعقد ساعةٍ فساعة على حسب حدوث المنفعة، وفي البحر، والمراد من انعقاد العلة ساعةً فساعة في كلام مشائخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعةً فساعة، لارتباط الإيجاب والقبول كل ساعة، وإنْ كان ظاهر كلام المشائخ يوهم ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة لأنَّ الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار وتمامه فيه، فليطالع وبهذا يندفع اعتراض المولى سعدي على الهداية بأنَّه لا بد أنْ يتأمل في هذا المقام فإنَّ الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب، فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد، فما معنى الانعقاد ساعةً فساعة بعد ذلك تدبر، ومن محاسن الإجارة دفع الحاجة بقليل من البدل فإنَّ كل واحد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل يحمل أثقاله إلى بلد لم يكن يبلغه إلاَّ بمشقة النفس، وسببها تعلق البقاء المقدر وشرطها معلومية البدلين، وركنها الإيجاب والقبول بلفظين ماضيين من الألفاظ الموضوعة لعقد الإجارة مثل أنْ يقول: أعرتك هذه الدار شهراً بكذا أو وهبتك منافعها، وتنعقد بالتعاطي كالبيع وشرطها ما تقدم من كون الأجرة والمنفعة معلومتين، وحكما وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة كما مر، وفي المنح، ولا تنعقد الإجارة الطويلة بالتعاطي، لأنَّ الأجرة غير معلومة، قد يجعلون لكل سنة دانقاً، وقد يجعلون فلوساً، وفي غير الطويلة الإجارة تنعقد بالتعاطي.

---

(١) أخرجه البخاري (إجارة، ٤، ٧، ١٢)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ١٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه (رهون، ٤)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ٤/ ٢٧٣.

بالشروط ويثبت فيها خيار الشرط والرؤية والعيب وتقال وتفسخ. والمنفعة تعلم تارة ببيان المدة كالسكنى والزراعة فتصح مدةً معلومةً أي مدة كانت، وفي الوقف يتبع شرط

كذا في الخلاصة قلت مفاد كلامه أنَّ الأجرة إذا كانت معلومة في الإجارة الطويلة تنعقد بالتعاطي انتهى (**وما صلح ثمناً**) في البيع (**صلح أجرة**) في الإجارة لأنَّ الأجرة بثمن المنفعة، فيعتبر بثمن المبيع ومراده من الثمن ما كان بدلاً عن شيء فدخل فيه الأعيان فإنَّ العين يصلح بدلاً في المقايضة فتصلح أجرة، وفيه إشارة إلى أنَّها لو كانت الأجرة دراهم انصرفت إلى غالب نقد البلد، فإنْ كانت الغلبة مختلفة فالإجارة فاسدة ما لم يبين نقداً منها فإنَّ بين جاز، وإلى أنَّها لو كانت كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً فالشرط فيه بيان القدر والصفة، وقوله وما صلح ثمناً صلح أجرة لا ينافي العكس حتى صلح أجرة ما لا يصلح ثمناً كالمنفعة فإنَّها لا تصلح ثمناً وتصلح أجرة إذا كانت مختلفة الجنس كاستيجار سكنى الدار بزراعة الأرض وإنْ اتحد جنسهما لا (**وتفسد**) الإجارة (**بالشروط**) كالبيع (**ويثبت فيها**) أي في الإجارة (**خيار الشرط**) كما يثبت في البيع (و) خيار (**الرؤية**) خلافاً للشافعي فيهما (و) خيار (**العيب**) سواء كان حاصلاً قبل العقد أو بعده (**وتقال**) الإجارة (**وتفسخ**) كما في البيع كما سيأتي ولما ذكر في التعريف معلومية المنفعة احتاج إلى ما به تكون معلومة فقال: (**والمنفعة تعلم تارة ببيان المدة كالسكنى**) أي كإجارة الدار للسكنى (**والزراعة**) أي كأجرة الأرض للزراعة (**فتصح**) إجارتها (**مدةً معلومةً أي مدة كانت**) لأنَّ المدة إذا كانت معلومةً كان قد قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت فأفاد أنَّها تجوز، ولو كانت المدة لا يعيش أحد العاقدين إلى مثلها عادة واختاره الخصاف لأنَّ العبرة للفظ، وإنَّه يقتضي التوقيف، كما لو تزوج امرأة إلى مائة سنة فإنَّه توقيت فيكون متعة، ومنعه بعضهم لأنَّ الغالب كالمتيقن في حق الإحكام فصارت الإجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها فأفاد أنَّها تجوز مضافةً كما لو قال: آجرتك هذه الدار غداً وللمؤجر بيعها اليوم، وتنتقض الإجارة كما في الخلاصة وفي الخانية، ولو كانت الإجارة إلى الغد، ثم باع من غيره فيه روايتان في رواية ليس للآجر أنْ يبيع قبل مجيء الوقت، وفي رواية جاز والفتوى على أنَّه يجوز البيع وتبطل الإجارة المضافة، وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني وتمامه في المنح فليطالع وعند الشافعي في أحد قوليه لا تجوز أكثر من سنة (**وفي الوقف يتبع شرط الوقف**) لأنَّه

. . . .

بالتعاطي إنْ علمت المدة أو قصرت وإلاَّ لا (**والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة**) مدة كذا (**فتصح مدة معلومة أي مدة كانت**) ولو كانت طويلة أو مضافة كآجرتكها غداً وللمؤجر بيعها اليوم وتبطل الإجارة، به يفتي كما في الخانية (و) لكن (**في الوقف يتبع شرط الواقف**) إلاَّ إذا كانت إجارتها أكثر نفعاً فيؤجرها القاضي لا المتولي لأنَّ ولايته عامة (**فإن لم يشترط فالفتوى أنْ لا يزاد في الأراضي**) الموقوفة (**على ثلاث سنين**) خوف دعوى الملكية (**وفي غيرها على سنة**) فلو آجرها المتولي أكثر فسخت في كل المدة لأنَّ العقد متى فسد في بعضه فسد في كله خلافاً لما وقع في أنفع الوسائل،

الواقف فإن لم يشترط فالفتوى أن لا يزاد في الأراضي على ثلاث سنين وفي غيرها على سنة وتارةً تعلم بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته وحمل قدر معلوم على دابة مسافة

كنص الشارع في وجوب الاتباع (**فإن لم يشترط**) الواقف في إجارته مدة بل سكت عنها (**فالفتوى أنْ لا يزاد في**) إجارة (**الأراضي على ثلاث سنين وفي**) إجارة (**غيرها**) أي غير الأراضي أنْ لا يزاد (**على سنة**) واحدة كيلا يدعي المستأجر ملكها، وهو المختار كما في الهداية، وقد أفتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث سنين، في الضياع وعلى سنة واحدة في غيرها إلاَّ إذا كانت المصلحة في غيره، وفي المحيط وهو المختار للفتوى، فلو آجرها المتولي أكثر مما ذكر لم تصح، وقيل تصح وتفسخ وهذه المسألة وما قبلها ذكرت في الوقف، فما الفائدة في تكرارها، والحيلة في الزيادة أنْ يعقد عقوداً متفرقة كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب أنَّ فلان بن فلان استأجر الوقف.

كذا وكذا سنة بكذا فيكون العقد الأول لازماً، والباقي غير لازم لأنَّه مضاف فلمتولي الوقف أنْ يفسخ الإجارة في العقود الغير اللازمة إذا خاف بطلان الوقف لعلة مذكورة بخلاف ما إذا كانت الإجارة طويلة بعقد واحد، فإنَّها لازمة في الكل كما في الخانية وغيرها فعلى هذا يندفع اعتراض صدر الشريعة من أنَّ علة عدم الجواز إذا كان هذا المعنى أي دعوى الملك بمرور الزمان، لا تصح الإجارة الطويلة بعقود مختلفة كما جوزها البعض تجاوز الله تعالى عنهم انتهى، وذكر صدر الإسلام أنَّ الحيلة في الزيادة أنْ يرفع إلى الحاكم حتى يجيزه، واعلم أنَّ إجارة الوقف لا تجوز إلاَّ بأجر المثل لو أكثر، ولو آجر الناظر بدون أجر المثل لا تصح الإجارة، ويلزم المستأجر تمام أجر المثل، وفي البحر متولي أرض الوقف آجرها بغير أجر المثل يلزم مستأجرها تمام أجر المثل عند بعض علمائنا وعليه الفتوى، قيل إنْ استأجر داراً لوقف بمدة طويلة إنْ كان السعر بحالها حيث لم يزد، ولم ينقص يجوز، وإنْ غلا أجر مثلها يفسخ العقد ويجدد ثانياً.

وكذا إذا استأجرها إلى سنة فغلا السعر بعد مضي نصف السنة يفسخ العقد، ويجب المسمى، ويجدد ثانياً فيما بقي بخلاف الكرم المستأجر ليأكل ثمرته في رأس السنة (**و**) المنفعة (**تارةً تعلم بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته**) أي خياطة الثوب، وفيه إشارة إلى أنه لا بد أنْ يعين الثوب الذي يصبغ، ولون الصبغ بأنَّه أحمر أو نحوه، وقدر الصبغ إذا كان مما يختلف، وجنس الخياطة والمخيط (**وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة**) لما في البحر من أنَّ

. . . .

والحيلة أنْ يعقد عقوداً، كل عقد بكذا، فيلزم الأول لأنَّه ناجز لا الباقي لأنَّه مضاف، فللمتولي فسخه خلافاً لما فهمه صدر الشريعة. (**قلت**): وصحح في الجواهر عدم صحتها أيضاً صيانة للأوقاف، قال: وعليه الفتوى ثم قال: ولو قضى قاضٍ بصحتها وارتفع الخلاف (**وتارة تعلم**) المنفعة (**بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته، وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة**) بما يرفع الجهالة فيشترط لدالة

معلومة وتارةً بالإشارة كنقل هذا مثلاً إلى موضع كذا والأجرة لا تستحق بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو باستيفاء المعقود عليه أو التمكن منه فتجب لو قبض الدار ولم يسكنها حتى مضت المدة وتسقط بالغصب بقدر فوت التمكن ولرب الدار والأرض

استئجار الدابة للركوب لا بد فيه من بيان الوقت، والموضع حتى لو خلا عنهما فهي فاسدة وبه يعلم فساد إجارة دواب العلافين الواقعة في زماننا لعدم بيان الوقت والموضع (و) المنفعة **(تارةً)** تعلم **(بالإشارة كنقل هذا)** الطعام **(مثلاً إلى موضع كذا)** لأنَّه إذا عرف ما ينقله مع موضع ينتهي إليه صار معلوماً **(والأجرة)** في الإجارة **(لا تستحق بالعقد)** أي بنفس العقد، فلا تجب تسليمها عيناً كان أو ديناً عندنا لأنَّ حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة، وهي معدومة عند العقد ولذا يقام العين مقام المنفعة في حق إضافة العقد إلى المنفعة كما يقام السفر مقام المشقة، فتجب الأجرة مؤجلاً مؤقتاً على تحقق أحد الأمور الآتي ذكرها وعن هذا قال: **(بل)** تستحق **(بالتعجيل)** هو **(أو بشرطه)** أي بشرط التعجيل لأنَّ امتناع ثبوت الملك بنفس العتق لتحقق المساوات، فإذا عجل أو شرط التعجيل فقدأبطل المساوات التي هي حقه بخلاف الإجارة المضافة بشرط تعجيل الأجرة، فإن الشرط باطل لامتناع ثبوت الملك من التبدل للتصريح بالإضافة إلى وقت في المستقبل، والمضاف إلى وقت لا يكون موجوداً قبله ولا يتغير هذا المعنى **(أو باستيفاء المعقود عليه)** لتحقق المساواة بينهما إذ العقد عقد معاوضة **(أو التمكن منه)** أي من استيفاء النفع إقامةً للتمكن من الشيء مقام ذلك الشيء هذا إذا كانت الإجارة صحيحة، فأما إذا كانت فاسدة لا يجب شيء بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة إلاَّ بحقيقة الانتفاع، ثم فرع على هذا بقوله: **(فتجب)** الأجرة **(لو قبض)** المستأجر **(الدار ولم يسكنها)** أي الدار **(حتى مضت المدة)** لأنَّ تسليم نفس المنفعة لما لم يكن أقيم تسليم محلها مقامها إذ التمكن من الانتفاع يثبت به، وفي النوازل إذا استأجر دابة إلى مكة، فلم يركبها إنْ كان بغير علة في الدابة فعليه الأجر وإنْ كان لعلة فيها فلا أجر **(وتسقط)** الأجرة **(بالغصب)** إلاَّ إذا أمكن إخراج الغاصب من الدار بشفاعة وحماية كما في التنوير **(بقدر فوت التمكن)** يعني إذا غصب

. . . .

الركوب بيان الوقت، والموضع فلو خلا عنهما فهي فاسدة كما في البزازية **(وتارة)** تعلم المنفعة **(بالإشارة)** لفعل مخصوص **(كنقل هذا إلى موضع كذا)** لأنَّه المقصود **(والأجرة لا تستحق بالعقد)** فلا يجب تسليمه به، **(بل بالتعجيل)** فليس له الاسترداد **(أو بشرطه)** في العقد أي لو منجزة فلو مضافة لم تملك بشرط التعجيل إجماعاً، وقيل: تجعل عقوداً في كل الأحكام فيفتي برواية تملكها بشرط التعجيل للحاجة، كما في شرح الوهانية للشرنبلالية **(أو باستيفاء المعقود عليه)** من المنفعة **(أو التمكن منه)** إلاَّ في ثلاث مذكورة في الأشباه ثم فرع على هذا بقوله **(فتجب)** الأجرة **(لو قبض الدار ولم يسكنها حتى مضت المدة)** لتمكنه من الانتفاع، وهذا لو الإجارة صحيحة، أما في الفاسدة فلا لا بحقيقة الانتفاع، قيل: إلاَّ في الوقف **(وتسقط)** الأجرة **(بالغصب)** أي بالحيلولة بين المستأجر والعين، لأنَّ حقيقية

طلب الأجر لكل يوم، ولربِّ الدابة لكل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله

الدار المستأجرة غاصب من يد المستأجر في جميع المدة سقطت الأجرة، وإنْ غصب في بعضها سقطت بقدر ذلك، وأشار بقوله: تسقط الأجر إلى أنَّ العقد ينفسخ بالغصب كما في الهداية خلافاً لقاضيخان، فإنَّه قال: لا تنفسخ وإطلاقه شامل للعقار وغيره. ومراده من الغصب ههنا الحيلولة بين المستأجر والعين لا حقيقته إذ الغصب لا يجري في العقار عندنا قال صاحب المنح: ولو أنكر المؤجر الغصب، وأعاده المستأجر، ولا بينة له على دعواه يحكم الحال فإنْ كان المستأجر هو الساكن في الدار حال المنازعة، فالقول للمؤجر، وإنْ كان فيها غير المستأجر، فالقول للمستأجر، ولا أجرة عليه كمسألة الطاحونة، وفي تنويره ولو سلمه، أي سلم الآجر المستأجر العين المؤجرة، بعد مضي بعض المدة، فليس لأحدهما الامتناع من ذلك، إذا لم يكن في مدة الإجارة وقت يرغب في العين المؤجرة لأجل ذلك الوقت فإنْ كان فيها وقت كذلك، أي يرغب فيها في وقت معين دون وقت كما في بيوت مكة ومنى، خير في قبض الباقي، وفي السراجية وغيرها إذا سكن داراً معدة للغلة أو زرع أرضاً معدة للاستغلال من غير إجارة تجب الأجرة، وعليه الفتوى، وفي القنية تسليم المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليم للدار حتى تجب الأجرة بمضي المدة، وإنْ لم يسكن وتسليم المفتاح في السواد ليس بتسليم الدار، وإنْ حضر المصر والمفتاح في يده **(ولرب الدار والأرض طلب الأجر لكل يوم، ولربِّ الدابة لكل مرحلة)** لأنَّ العقد في حق المنفعة ينعقد شيئاً فشيئاً، وكان ينبغي أنْ يجب تسليمه، ولو خطوة، أو سكن ساعة إلاَّ أنا جوزنا استحساناً، وقدرنا بيوم ومرحلة لأنَّ هذا يفضي إلى الحرج إلاَّ إذا بين زمان الطلب عند العقد، فيوقف المؤجر إلى ذلك الوقت لكونه بمنزلة التأجيل، وقال زفر: ليس لهم ذلك إلاَّ بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر، كما قال أو إمام أو لا.

(وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) إذ قبله لا ينتفع بالبعض فلا استحقاق للأجر

. . . .

الغصب لا تجري في العقار، وهل تنفسخ بالغصب في الهداية، نعم خلافاً لقاضيخان، **(بقدر فوت التمكن)**، ففي بعضها بحسابه إلاَّ إذا أمكن إخراج الغاصب بشفاعة أو حماية، ولو أنكر ذلك المؤجر ولا بنية حكم الحال، ولا يعتق قريب المؤجر لو كان أجرة ولو سلمه بعد مضي بعض فليس لأحدهما الامتناع، إذا لم يكن في مدة الإجارة وقت يرغب فيها لأجله فإنْ كان فيها وقت كذلك، كبيوت مكة ومنى زمن الموسم خير في قبض الباقي ولو سلمه المفتاح، فلم يقدر على الفتح لضياعه أو صعوبته إنْ أمكنه الفتح بلا كلفة لزم الأجر وإلاَّ لا، ولو اختلفا حكم الحال، ولو برهنا فبينة المؤجر **(ولرب الدار والأرض طلب الأجر لكل يوم، ولرب الدابة لكل مرحلة)**، إذا أطلقه ولو بين تعين **(والقصار والخياط)** ونحوهما من الصنائع **(بعد الفراغ من عمله)** وتسليمه فهلكت قبل تسليمه يسقط الأجر.

وكذا لو فتقه هو أو غيره، وعليه الإعادة لو هو الفاتق كما له تضمين الفاتق.

وإنْ عمل في بيت المستأجر وللخباز بعد إخراج الخبز فإنْ احترق قبل الإخراج سقط الأجر وإنْ بعده فلا إنْ في بيت المستأجر ولا ضمان ولا أجر وقالا إنْ شاء المستأجر

(وإن) وصلية **(عمل في بيت المستأجر)** على ما في الهداية والتجريد، وفي المبسوط والذخيرة وقاضيخان، والتمرتاشي والفوائد الظهيرية إذا خاط البعض في بيت المستأجر، يجب الأجر له بحسابه كما إذا سرق الثوب في بيت المستأجر يستحق الأجر بحسابه واستشهد في الأصل بما استأجر إنساناً ليبني له حائطاً فبنى بعضه، ثم انهدم فله أجر ما بني، وفي التنوير ثوب خاطه الخياط بأجر ففتقه رجل قبل أنْ يقبضه ربُّ الثوب، فلا أجر له، ولا يجبر على الإعادة، وإنْ كان الخياط هو الفاتق للثوب فعليه الإعادة كأنَّه لم يعمل **(وللخباز)** طلب الأجر **(بعد إخراج الخبز)** من التنور، لأنَّ تمام العمل بالإخراج، وفي إطلاقه إشارة إلى أنَّه يستحق الأجر، بإخراج البعض بقدره لأن العمل في ذلك القدر صار مسلماً إلى صاحب الدقيق **(فإنْ احترق)** الخبز **(قبل الإخراج)** من التنور **(سقط الأجر)** سواء كان في بيت المستأجر، أو في بيت الأجير لأنَّه هلك قبل التسليم فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعاً لأنَّ هذا جناية يده بتقصيره في القلع من التنور فإنْ ضمنه قيمته مخبوزاً أعطاه الأجر، وإنْ ضمنه دقيقاً لم يكن له أجر كما في الغاية وغيرها وبهذا ظهر لك أنَّ قول الوقاية، فإنْ احترق بعدما أخرجه، فله الأجر وقبله لا ولا غرم فيهما، وقول صدر الشريعة أي في الاحتراق قبل الإخراج وبعد الإخراج، غير موافق للمنقول عن الأئمة الفحول كما في الدرر، لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الوقاية، وصاحب الغاية بأنَّ المراد بالاحتراق في الوقاية ما لا يكون بصنعه، وفي الغاية ما يكون بصنعه، كما يدل عليه قوله بالإجماع وأما ما قيل من أنَّه لا ضمان في الفصلين على الخباز، لأنَّ الجناية غير واقعة منه فيهما هذا على ظاهر الرواية عن الإمام كما قيل في الهداية، لأنَّه لم يوجد منه الجناية، فصاحب الوقاية اختار ما اختاره صاحب الهداية، فليس بسديد لأنَّ قول صاحب الهداية لا ضمان عليه متعلق بقوله: فإنْ أخرجه، ثم احترق من غير فعله فقط لا فيما إذا احترق قبله تتبع وعن هذا قال: **(وإنْ)** احترق من غير فعله **(بعده)** أي بعد الإخراج **(فلا)** يسقط **(إنْ)** كان يخبز **(في بيت المستأجر)** لأنَّه بمجرد الإخراج صار مسلماً إليه في منزل

. . . .

وكذا كل من لعمله أثر وما لا أثر كحمال له الأجر كما فرع، وإنْ لم يسلم كما في البحر، **(وإنْ)** وصلية **(عمل في بيت المستأجر نعم لو سرق بعد)** ما خاط بعضه أو انهدم ما بناه، فله الأجر بحسابه على المذهب كما في البحر وغيره، وهل للخياط أجر التفصيل بلا خياطة خلاف حررته، في شرح التنوير **(وللخباز)** طلب الأجر **(بعد إخراج الخبز)** من التنور وبإخراج بعضه بحسابه ولو في بيت المستأجر، كما يأتي **(فإن احترق)** الخبز أو سقط من يده **(قبل الإخراج سقط الأجر)** ولزمه الضمان الآتي بيانه، **(وإنْ)** احترق كله أو بعضه بحيث يفسد ولا ينتفع به **(بعده)** بغير فعله **(فلا)** يسقط الأجر **(إنْ)** كان خبزه **(في بيت المستأجر)** لتسليمه بالوضع في بيته **(ولا ضمان)** لعدم التعدي، وهذا عنده **(وقالا إنْ شاء**

ضمنه مثل دقيقه ولا أجر، وإنْ شاء ضمنه الخبز، وله الأجر، وللطباخ للوليمة بعد الغرف ولضارب اللبن بعد إقامته وقالا بعد تشريجه ومن لعمله أثر في العين كصباغ وقصار يقصر بالنشأ والبيض فله حبسها للأجر، فإن حبسها فضاعت فلا ضمان وقالا:

المستأجر فاستحق الأجر بوضعه فيه، وفيه إشارة بأن من كان يخبز في منزل نفسه، لا يستحق الأجر بالإخراج بل بالتسليم الحقيقي (**ولا ضمان**) فيهما عند الإمام (**وقالا إنْ شاء المستأجر ضمنه مثل دقيقه ولا أجر، وإنْ شاء ضمنه الخبز، وله الأجر**) ويجب عليه ضمان الحطب الملح وفي النهاية هذا الذي ذكر من الاختلاف اختيار القدوري، وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه فإنَّه لا ضمان بالاتفاق، أما عند الإمام فلأنه لم يهلك من عمله وأما عندهما فلأنَّه هلك بعد التسليم، وقال القدوري يضمن عندهما مثل دقيقه لأنَّه مضمون عليه، فلا يبرأ إلاَّ بعد حقيقة التسليم (**وللطباخ للوليمة**) طلب الأجر (**بعد الغرف**) أي بعد وضع الطعام في القصاع اعتباراً للعرف وإنما قيد الوليمة لأنَّه لو كان لأهل بيته، فلا عرف عليه كما في الجوهرة فإنْ أفسد الطباخ أو أحرقه أو لم ينضجه فهو ضامن للطعام، وإذا دخل الخباز أو الطباخ البيت بنار ليخبز بها أو يطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق بها البيت، فلا ضمان عليه (**ولضارب اللبن**) على وزن الكلم، أي للذي يتخذ اللبن من الطين طلب الأجرة (**بعد إقامته**) أي إقامة اللبن عن محله عند الإمام حتى لو فسد بالمطر قبلها فلا أجر له (**وقالا بعد تشريجه**) وهو جعل بعض على بعض، حتى لو فسد بعد الإقامة قبل النقل فلا أجر له إذ لا يؤمن الفساد قبله، وله أنَّ الفراغ هو الإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل إلى موضع العمارة، بخلاف ما قبل الإقامة لأنَّه طين منتشر هذا إذا لبن في أرض المستأجر، وإنْ لبن في أرض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الإقامة عنده، وعندهما بالعد بعد التشريج قيل الفتوى على قولهما، والعرف في ديارنا على ما قاله الإمام.

. . . .

المستأجر ضمنه مثل دقيقه ولا أجر وإنْ شاء ضمنه الخبز وله الأجر) ولا يضمن الحطب والملح، وإنْ لم يكن الخبز في بيت المستأجر، فلا أجر إلاَّ بالتسليم ولا ضمان عنده خلافاً لهما، وهي مسألة الأجير المشترك كما في الجوهرة وغيرها (**وللطباخ للوليمة**) طلب الأجر (**بعد الغرف**) للعرف فلو لأهل بيته، فلا غرف عليه وعليه تسوية الخوان، ووضع القصاع على ما قيل، ولو أحرقه أو أفسده ضمن، ولو وقعت منه شرارة فاحترق البيت لم يضمن كما لا يضمن صاحب الدار لو احترق شيء من المكان لعدم التعدي كما في الجوهرة (**ولضارب اللبن**) في ملك المستأجر مع تعيين الملبن، فلو في غير ملكه فلا أجر حتى بعده منصوباً ومسرجاً عندهما ذكره الزيلعي وغيره (**بعد إقامته**) عنده (**وقالا**) له الأجر (**بعد تشريحه**) أي جعل بعضه على بعض فلو أفسده المطر قبل ذلك فلا أجر له.

(**قلت**): وبقولهما يفتي ذكره ابن الكمال معزياً للعيون (**ومن لعمله أثر في العين كصباغ وقصار يقصر بالنشا والبيض**) خرج غاسل الثوب (**فله حبسها**) أي العين (**إلى**) أجل (**للأجر**) لو حالاً فلو مؤجلاً فلا، كعمله في بيت المستأجر لتسليمه حكماً، ويضمن بالتعدي، ولو في بيت المستأجر (**فإنْ حبسها**

إنْ شاء المالك ضمنه مصبوغاً وله الأجر أو غير مصبوغ ولا أجر له ومن لا أثر لعمله فيها كالحمال والملاح وغاسل الثوب ليس له حبسها بخلاف راد الآبق وإذا أطلق العمل

(ومن) كان (**لعمله أثر في العين كصباغ**) يظهر لوناً في الثوب (**وقصار يقصر بالنشأ والبيض**) هذا في ديار الشام ليظهر البياض المستور، وكذا حكم قصار يقصر بالماء الصافي والرماد كما في ديارنا كما في شرح الوقاية لابن الشيخ (**فله**) أي للمستأجر (**حبسها**) أي العين (**للأجر**) أي لأجل الأجرة حتى يستوفيها، وقال زفر: ليس له ذلك لأنَّ المعقود عليه صار مسلماً إلى صاحب العين باتصاله بملكه، فيسقط حق الحبس به، ولنا أنَّ اتصال العمل بالمحل ضرورة إقامة العمل، فلم يكن راضياً بهذا الاتصال من حيث أنَّه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ، ونحوه من الأثر في المحل إذ لا وجود للعمل إلاَّ به، وكان مضطراً إليه والرضى لا يثبت مع الاضطرار هذا إذا كان حالاً، أما إذا كان مؤجلاً، فلا يملك حبسها، وفي الخلاصة هذا إذا عمل في دكانه، وأما إذا عمل في بيت المستأجر، فليس له حق الحبس (**فإنْ حبسها**) للأجر (**فضاعت**) العين بلا تعد منه (**فلا ضمان**) عليه لكونه أمانةً في يده كما كان قبل الحبس (**ولا أجر**) له إذا هلك المعقود عليه قبل التسليم هذا عند الإمام (**وقالا إنْ شاء المالك ضمنه مصبوغاً وله الأجر**) لأنَّ العمل صار مسلماً إليه تقدير الوصول قيمته إليه، فصار كما لو صار مسلماً حقيقة (**أو غير مصبوغ ولا أجر له**) لأنَّ العمل لم يصر مسلماً إليه (**ومن لا أثر لعمله فيها**) أي في العين (**كالحمال والملاح وغاسل الثوب ليس له**) أي للعامل (**حبسها**) أي العين لأنَّ المعقود عليه نفس العمل، وهو عرض ولا له أثر يقوم مقامها فلا يتصور حبسه، ولو حبسها ضمن ضمان الغصب وصاحبها بالخيار إنْ شاء ضمن المستأجر قيمتها مقبولة وله الأجر وإنْ شاء غير محمولة ولا أجر (**بخلاف راد الآبق**) فإنَّه يحبسه على الجعل، وإنْ لم يكن لعمله أثر لأنَّه كان على شرف الزوال والهلاك فأحياه بالرد فكأنَّه باعه، فكان له حق الحبس (**وإذا أطلق**) المستأجر (**العمل للصانع**) ولم يقيد بعمله (**فله أنْ يستعمل غيره**) كما إذا أمر أن يخيط هذا

. . . .

فضاعت) بلا صنعه (**فلا ضمن ولا أجر**) عنده (**وقالا إن شاء المالك ضمنه مصبوغاً وله الأجر أو غير مصبوغ ولا أجر له**) واعلم أنَّ المراد بالأثر ما يعم العين والعرض على الأصح، فللطحان والخياط والخفاف وغاسل الثوب وحالق رأس العبد حبس العين بالأجر وقيل لا كالحمال فلو قال: (**ومن لا أثر لعمله فيها كالحمال**) بالحاء عام وبالجيم خاص بمكاري الجمل (**والملاح وغاسل الثوب**) أي لتطهيره لا لتحسينه كما في المجتبى. (**قلت**): وأقره غير واحد وهو تخريج على ما قدمناه من التصحيح فتبصر (**ليس له حبسها**) أي العين اجماعاً وقال أبو يوسف: في الحمال ليس له طلب الأجر قبل الوضع لأنَّه من تمام العمل كما في القهستاني عن المحيط، ولو حب سها ضمن ضمان الغصب وصاحبها يضمنها محمولة، وله الأجر أو غير محمولة ولا أجر (**بخلاف راد الآبق**) فإنَّه يحبسه للجعل وإن لم يكن لعمله أثر في العين لأنَّه كان على شرف الهلاك فكأنَّه أحياه، وباعه منه بالجعل بخلاف الجمال ونحوه إذ لا

للصانع فله أن يستعمل غيره وإنْ قيده بعمله بنفسه فلا ومن استأجره رجل ليجيء بعياله فوجد بعضهم قد مات فأتى بنم بقيَّ فله أجره بحسابه وإنْ استؤجر لايصال طعام إلى زيد فوجده ميتاً فرده فلا أجر له، وكذا لايصال كتاب إليه فرده لموته وقال محمد له أجر ذهابه هنا ولو تركه هناك للورثة فله أجر الذهاب إجماعاً.

الثوب بدرهم فاللازم عليه العمل سواء أوفاه بنفسه أو باستعانة غيره كالمأمور بقضاء الدين، وقوله على أنْ يعمل إطلاق لا تقييد، فله أنْ يستأجر غيره **(وإنْ قيده بعمله بنفسه)** بأنْ قال: خطه بيدك **(فلا)** أي فليس له أنْ يستعمل غيره، ولو غلامه أو أجيره، لأنَّ عمله يكون هو المعقود عليه وإلاَّ فيضمن **(ومن استأجره رجل ليجيء بعياله)** من موضع **(فوجد بعضهم)** أي بعض العيال **(قد مات فأتى بمن بقي)** من العيال **(فله)** أي للأجير **(أجره بحسابه)** لأنَّه أوفى بعض المعقود عليه، فيستحق الأجر بحسابه، قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: هذا إذا كان عياله معلومين، حتى يكون الأجرم قابلاً بجملتهم، وإنْ كانوا غير معلومين يجب الأجر كله كما في التبيين، فعلى هذا لو قيد المصنف بقوله: لو كانوا معلومين، وإلاَّ فكله لكان أولى وفي الخلاصة فإنْ لم يكونوا معلومين فالإجارة فاسدة **(وإنْ استؤجر لايصال طعام إلى زيد فوجده ميتاً)** أو لم يجده **(فرده)** أي الطعام **(فلا أجر له)** لأنَّه نقض المعقود عليه، وهو حمل الطعام وإيصاله إليه، وقال زفر: له الأجر لأنَّه بمقابلة الحمل إلى البصرة، وقد أوفى به وجنى في رده، فلا يسقط بجنايته حقه في أجرته **(وكذا)** لو استأجر **(لايصال كتاب إليه)** أي إلى زيد **(فرده)** أي الكتاب **(لموته)** أي زيد أو غيبته، فلا شيء له عند الشيخين **(وقال محمد له أجر ذهابه هنا)** أي له الأجر للذهاب في نقل الكتاب لأنَّه أوفى بعض المعقود عليه، وهو قطع المسافة لأنَّ الأجر مقابل لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته، ولهما أنَّ المعقود عليه نقل الكتاب لأنَّه هو المقصود أو وسيلة إليه، وهو العلم بما في الكتاب، لكنَّ الحكم متعلق به، وقد نقضه فسقط الأجر، هذا موافق لما في الهداية وشروحها، ومخالف لما في المجمع وشرحه حيث صرح بأنَّ أبا يوسف مع محمد لا مع الإمام، لكنْ يمكن الحمل على اختلاف الروايتين **(ولو تركه)** أي الكتاب **(هناك للورثة)**، وكذا إذا دفع إلى وصيه **(فله أجر الذهاب إجماعاً)** لأنَّه أتى بأقصى ما في وسعه، وهذا إذا شرط المجيء وإلاّ وجب كل الأجرة لو ترك الكتاب ثمة كما في القهستاني، وفيه إشارة إلى أنَّه لو وجده ولم يوصله إليه لم يجب له

. . . .

إحياء ولا أثر فيملك الحبس (و) اعلم أنَّه إذا أطلق العمل للصانع فله أن يستعمل غيره) أي بالأجرة فلو دفع لأجنبي ضمن الأول دون الثاني كما في الخلاصة **(وإن قيده بعمله بنفسه فلا)** يستأجر غيره، وقيد بقيد العمل لأنَّه لو شرط اليوم أو غداً فلم يفعل وطالبه مراراً ففرط حتى سرق لا يضمن وأجاب شمس الأئمة بالضمان، كذا في الخلاصة وقوله على أن تعمل إطلاق لا تقييد **(ومن استأجره رجل ليجيء بعياله فوجد بعضهم قد مات فأتى بمن بقي له فله أجره بحسابه)** لو كانوا معلومين أي بالعبد كما في البرهان وإلاَّ فكله كما في الدرر والتنوير وغيرهما، وفي القهستاني فإن جهلوا فسدت ولزم أجر المثل،

باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز

وصح استئجار الدار والحانوت وإنْ لم يذكر ما يعمل فيه وله أنْ يعمل كل شيء سوى ما

شيء من الأجر لانتفاء المعقود عليه وهو الإيصال.

باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز

لما فرغ من ذكر الإجارة وشروطها ووقت استحقاق الأجر ذكر هنا ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز (**وصح استئجار الدار والحانوت وإنْ**) وصلية (**لم يذكر ما يعمل فيه**) أي في كل واحد منهما استحساناً، لأنَّ العمل المتعارف في كل واحد منهما السكنى، فينصرف العقد المطلق إليه، والقياس أنْ لا يجوز للجهالة كالأرض والثياب فإنهما مختلفان باختلاف العامل والعمل، فلا بد من البيتان (**وله**) أي للمستأجر (**أنْ يعمل كل شيء**) من العمل لأنَّها لا تخلف باختلاف المستعمل، فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستئجار بحائطه، والدق المعتاد اليسير، وأنْ يدق فيه وتداً ويربط الدواب في موضع معتاد له، ويسكنها من أحب سواء كان بإجارة أو غيرها، وليس للأجير أن يدخل دابته الدار المستأجرة بعدما سكن

. . . .

ثم نقل عن الكرماني عن الهندواني أن المعلومين لو كانت مؤنة بعضه ككلهم فله كله لأن الأجر مقابل بنقل العيال لا بقطع المسافة حتى لو ذهب ولم ينقل أحداً منهم لم يستوجب شيئاً انتهى فتنبه (**وإن استؤجر**) أي رجل (**يصال طعام**) ونحوه مما له مؤنة (**إلى زيد فوجده ميتاً فرده فلا أجر له**) لا للذهاب ولا للمجيء اتفاقاً وصار كخياط نقض ما خاطه (**وكذا**) أي لا أجرة أيضاً لو استأجر بأجر معلوم (**لايصال**) قط أي (**كتاب إليه**) مما ليس له مؤنة لكنه لو استأجر للرسالة ولم يوجد المرسل إليه، أو لم يبلغه فله كل الأجر (**فرده لموته**) أو عيبته لأنَّه نقضه بالرد فسقط الأجر، وهذا عنده وأبو يوسف معه في الأصح (**وقال محمد**) والأئمة الثلاثة (**له أجر ذهابه هنا**) أي في المكتوب لمقابلة الأجر هنا تقطع المسافة فقط، وقد قطعها له في الذهاب سواء شرط المجيء بالجواب أم لا، كما في النهاية فمن الظن أنَّه لا بد من التقييد بالمجيء بالجواب حتى يتأتى خلافاً لمحمد (**ولو تركه هناك للورثة**) بأنْ دفعه إلى ورثته أو إلى من يسلمه إليه إذا حضر (**فله أجر الذهاب اجماعاً**) وهو نصف الأجر المسمى.

(**قلت**): وعبارة الدرر لا تلائم الغرر وإنْ تبعه صاحب المنح وغيره، والأعدل ما في القهستاني عن النهاية أنَّه إنْ ترك الكتاب، فإنْ شرط المجيء بالجواب، فأجرة الذهاب بالإجماع، وإنْ لم يشترطه فكل الأجرة، ولو وجده، ولم يوصله إليه لم يجب شيء وهل تمزيقه كذلك فيه كلام.

باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز

وما يكون خلافاً فيها (**وصح استجار الدار والحانوت**) أي الدكان (**وإن لم يذكر**) من يسكنها و (**ما يعمل فيها**) لصرفه للمتعارف (**وله أن يعمل**) فيهما (**كل شيء**) أراد فيسد ويربط دوابه، ويسكر

يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن واستئجار الأرض للزرع إنْ بيَّن ما يزرع أو قال على أنْ يزرع ما شاء وللبناء والغرس وإذا انقضت المدة لزمه أن يقلعهما ويسلمها فارغة

المستأجر، وفيه إشارة إلى أنَّه لو قال عند العقد: استأجرت هذه الدار للسكنى ليس له أنْ يعمل فيها غير السكنى، كما في القهستاني (**سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن**) من غير رضى المالك أو اشتراطه ذلك في عقد الإجارة لأنَّ هذه الأشياء توهن البناء، والمراد رحى الثور والماء لا رحى اليد، فإنَّه لا يمنع من النصب فيه ولو انهدم البناء بهذه الأشياء وجب عليه الضمان لأنَّه معتدٍ فيها ولا أجر عليه لأنَّ الضمان والأجر لا يجتمعان، وإنْ لم ينهدم وجب عليه الأجر استحساناً والقياس أن لا يجب ولو اختلفا في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لأنَّه لو أنكر الإجارة كان القول له، فكذا إذ أنكر نوعاً من الانتفاع، ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولاً لأنَّها تثبت الزيادة (**و**) صح (**استئجار الأرض للزرع إنْ بين**) المستأجر (**ما يزرع**) لجريان العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير فالعقد الإجماع غليها غير أنَّ ما يزرع فيها يتفاوت، فلا بد من بيانه (**أو قال على أنْ يزرع**) فيها (**ما شاء**) كيلا يفضي إلى المنازعة، ولم يبين ما يزرع فيها أو لم يقل على أنْ يزرع فيها ما يشاء، فسدت الإجارة للجهالة، ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس كما إذا اشترى بخمر أو خنزير، وفي الاستحسان يجب المسمى، وينقلب العقد صحيحاً وللمستأجر الشرب والطريق بخلاف البيع، وفي القنية استأجر أرضاً سنة على أن يزرع فيها ما شاء، فله أنْ يزرع زرعين ربيعياً وخريفياً، وفي التنوير آجرها، وهي مشغولة بزرع غيره إنْ كان الزرع بحق لا تجوز ما لم يستحصد إلاَّ أنْ يؤجرها مضافة إلى المستقبل، وإنْ بغير حق صحت (**و**) صح استئجار الأرض (**للبناء والغرس**) أي غرس الأشجار لأنَّ كل واحدٍ منهما نفع مقصود بالإجارة (**وإذا انقضت المدة**) أي مدة الإجارة طويلة كانت أو غير طويلة (**لزمه**) أي المستأجر (**أن يقلعهما**) أي البناء والغرس (**ويسلمها**) أي الأرض حال كونها (**فارغة**) عنهما لأنَّه ليس لهما نهاية معلومة، حتى يتركا إليها وفي تركها على الدوام ضرر

. . . .

حطبه ويستنجي بجداره ويتخذ بالوعة إنْ لم تضر، ويطحن برحى اليد وإن ضربه يفتي كما في القنية (**سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن**) إلاَّ برضى المالك أو اشتراطه في الإجارة، ولو اختلفا في اشتراطه، فالقول للمؤجر وإنْ برهنا فالبينة للمستأجر، وإنْ انهدم به البناء ضمنته، ولا أجر لأنَّهما لا يجتمعان، وله السكنى والإسكان كما يأتي (**وصح أيضاً**) استئجار الأرض (**للزرع أن بين ما يزرع أو قال: على أن يزرع ما شاء**) كيلا تقع المنازعة وإلاَّ فهي فاسدة للجهالة وتنقلب صحيحة يزرعها ويجب المسمى، كما لو آجرها وهي مشغولة بزرع زرع بحق إلاَّ أن يؤجرها مضافة فتصح مطلقاً كما لو كان الزرع بغير حق (و) صح أيضاً (**للبناء والغرس**) وسائر الانتفاعات كطبخ آجر وحذف ومقيلاً ومراحاً، حتى تلزم الأجرة بالتسليم، أمكن زرعها أم لا كما في البحر (**وإذا انقضت المدة لزمه أن يقلعهما ويسلمها فارغة**) من البناء والغرس لعدم نهايتهما (**إلاَّ أنْ يغرم المؤجر**) للمستأجر (**قيمة ذلك**

إلاَّ أنْ يغرم الموجر قيمة ذلك مقلوعاً برضى صاحبه وإن كانت الأرض تنقص بقلعه فبدون رضاه أيضاً أو يرضيا بتركه فيكون البناء والغرس لهذا والأرض لهذا والرطبة كالشجر والزرع يترك بأجر المثل إلى أنْ يدرك واستئجار الدابة للركوب والحمل والثوب

لصاحب الأرض، سواء كان بأجر أو بغيره، فوجب القلع وفي القنية استأجر أرضاً وقفاً، وغرس فيها، وبنى ثم مضت مدة الإجارة فللمستأجر أنْ يستبقيها بأجر المثل إنْ لم يكن في ذلك ضرر، ولو أبى الموقوف عليهم القلع ليس لهم ذلك انتهى. وفي البحر، وبهذا تعلم مسألة الأرض المحتكرة (**إلاّ أنْ يغرم**) للمستأجر (**المؤجر**) وهو صاحب الأرض (**قيمة ذلك**) أي البناء والغرس (**مقلوعاً**) لأنَّ في ذلك نظراً لهما (**برضى صاحبه**) أي صاحب البناء أو الغرس إنْ لم تنقص الأرض بالقلع (**وإنْ كانت الأرض تنقص بقلعه**) أي البناء أو الغرس (**فبدون رضاه**) أي يغرم المؤجر قيمته مقلوعاً، ويتملكه بدون رضى صاحبه (**أيضاً**) أي كما يغرم برضاه إنْ كانت تنقص بقلعه ومعرفة قيمة ذلك أنْ يقوم الأرض بدون البناء والشجر، ويقوم وفيها بناء وشجر ولصاحب الأرض أنْ يقلعه فيضمن فضل ما بينهما (**أو يرضيا**) عطف على أن يغرم أي إلاَّ أنْ يرضى المؤجر والمستأجر لكن رضى المؤجر يكفي، فلا حاجة إلى رضى المستأجر لما قالوا في تعليله لأنَّ الحق له فإذا رضي باستمراره على ما كان بأجر أو بغيره كان له ذلك تأمل (**بتركه**) أي بترك كل واحدٍ من البناء والغرس على الأرض (**فيكون البناء والغرس لهذا**) أي للمؤجر (**والأرض لهذا**) أي للمؤجر الذي هو صاحب الأرض (**والرطبة**) في الأرض المستأجرة.

وكذا الكراث ونحوهما (**كالشجر**) في القطع إذا انقضت المدة إذ ليس لانتهائهما مدة معلومة (**والزرع يترك**) على الأرض (**بأجر المثل إلى أنْ يدرك**) لأنَّ له نهاية معلومة فيوجد في التأخير مراعاة للحقين بخلاف موت أحدهما قبل إدراكه، فإنَّه يترك بالمسمى على حاله إلى الحصاد، وإنْ انفسخت الإجارة لأنَّ إبقاءه على ما كان عليه أولى ما دامت المدة باقية ويلحق بالمستأجر المستعير فيترك إلى إدراكه بأجرة المثل كما في المنح، وأما الغاصب فيؤمر بالقلع مطلقاً (و) صح (**استئجار الدابة للركوب والحمل و**) استئجار (**الثوب للبس**) لجريان العادة

. . . .

مقلوعاً) لكن (**برضى صاحبه**) إنْ لم تنقص بالقلع (**وإن كانت الأرض تنقص بقلعه فبدون رضاه**) بتملكها (**أيضاً**) جبراً على المستأجر لأنَّ فيها نظراً لهما (**أو يرضيا**) أي المؤجر والمستأجر (**بتركه**) أي البناء أو الغرس (**فيكون البناء والغرس لهذا**) أي للمستأجر (**والأرض لهذا**) أي للمؤجر، وهذا الترك إنْ بأجر فإجارة وإلاَّ فإعارة، فلهما أنْ يؤاجرهما الثالث ويقتسما الأجر على قيمة الأرض بلا بناء، وعلى قيمة البناء بلا أرض فيأخذ كل حصته ولو الأرض وقفاً للمستأجر استيفاؤها بأجر المثل ولو جبراً إذا لم يكن فيه ضرر. (**قلت**): وبه علم مسألة الأرض المحتكرة، وهي منقولة أيضاً في أوقاف الخصاف وتمامه فيما علقته على التنوير وتقدم في الوقف. واعلم أنَّ البناء في الدار المستأجرة خلاف الأرض المستأجرة، فإنَّه لو بنى من تراب الدار فإنْ كان من طينه لا يقلع وإلاَّ يقلع ويغرم قيمة التراب، ذكره

للبس فإنْ أطلق فله أنْ يركب من شاء ويلبس من شاء فإذا ركب أو لبس هو أو أركب أو ألبس غيره تعين فلا يستعمله غيره وإن قيد براكب أو لابس فخالف ضمن وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل وما لا يختلف به فتقييده هدر فلو شرط سكنى واحد جاز أنْ يسكن غيره وإن سميَّ ما يحمل على الدابة نوعاً وقدراً ككربر فله حمل مثله أو أخف كالشعير والسمسم لا ما هو أضرَّ كالملح، وإنْ سميَّ قدراً من القطن، فليس له أن يحمل

بذلك (**فإنْ أطلق**) المؤجر للمستأجر الركوب أو اللبس بمعنى أنْ تقول: على أنْ يركبها من شاء ويلبس الثوب من شاء (**فله**) أي للمستأجر (**أنْ يركب من شاء ويلبس من شاء**) لأنَّه يختلف باختلاف الراكب واللابس، فلا يجوز إلاَّ بالتعيين أو بأنْ يشترط أنْ يفعل ما شاء وفي التبيين، ولو لم يبين ولم يقل أنْ يفعل فيها ما شاء، فسدت الإجارة للحاجة (**فإذا ركب**) الدابة (**أو لبس**) الثوب (**هو**) أي المستأجر نفسه (**أو أركب**) المستأجر الدابة (**أو لبس**) الثوب (**غيره تعين**) مراداً من الأصل (**فلا يستعمله غيره**) فصار كالنص عليه ابتداء، وفي البحر وإذا تكارى قوم مشاة إبلاً على أنَّ المكاري يحمل عليه من مرض منهم أو من عيّ منهم فهو فاسد (**وإن قيد**) المؤجر (**براكب**) معين (**أو لابس**) معين (**فخالف ضمن**) المستأجر إذا هلكت الدابة أو الثوب، لأنَّ الناس يتفاوتون في العلم بالركوب، واللبس ولا أجر عليه وإنْ سلم لأنَّه مع الضمان ممتنع (**وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل**) في كونه يضمن إذا هلك مع المخالفة والتقييد (**وما لا يختلف به**) أي باختلاف المستعمل (**فتقييده**) أي تقييد المؤجر بشخص معين (**هدر فلو شرط**) المؤجر (**سكنى واحد**) بعينه في إجارة الدار (**جاز**) للمستأجر (**أنْ يسكن غيره**) لأنَّ الشرط ليس بمفيد لعدم التفاوت في السكنى، وما يضر بالبناء كالحدادة والقصارة فهو خارج بدلالة العادة والفسطاط، كالدار عند محمد وعند أبي يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس في ضربه، ونصب أوتاده واختيار مكانه (**وإنْ سمي ما يحمل على الدابة نوعاً وقدراً ككربر**) يحمله على الدابة التي استأجرها (**فله**) أي للمستأجر (**حمل مثله أو**) ما (**أخف**) منه في الضرر (**كالشعير والسمسم لا**) أي ليس له أنْ يحمل عليها (**ما هو أضر**) منه (**كالملح**) لأنَّ الأصل أنَّ

. . . .

القهستاني وغيره (**والرطبة**(لعدم نهايتها (**كالشجر**) فيقلع بعد مضي المدة، ثم المراد بالرطبة ما يبقى أصله في الأرض أبداً، وإنما يقطف ورقه ويباع أو زهره، فلو له نهاية كفجل وجزر فكزرع كما نقلناه فيما علقناه على التنوير (**والزرع يترك بأجر المثل**) أي بقضاء أو بعقد (**إلى أنْ يدرك**) رعاية للجانبين لأنَّ له نهاية بخلاف موت أحدهما قبل إدراكه فإنَّه يترك بالمسمى إلى الحصاد، وكذا المستعير، وأما الغاصب فيؤمر بالقلع مطلقاً (**و**) صح (**استئجار الدابة للركوب والحمل**) لا لتجنبها أو ليربطها على باب داره رياء (**والثوب للبس**) لا ليزين بيته أو حانوته به وإذا فسد فلا أجر.

وكذا لو استأجر بيتاً ليصلي فيه أو طيباً ليشمه أو كتاباً أو شعراً ليقرأه أو مصحفاً كما في شرح الوهبانية (**فإن أطلق**) ولم يقيدها براكب ولابس (**فله أنْ يركب من شاء ويلبس من شاء**) وتعين أول

مثل وزنه حديداً وإنْ زاد على ما سميّ فعطبت ضمن قدر الزيادة إنْ كانت تطيق ما حملها وإلاّ فكل القيمة وفي الأرداف يضمن النصف ولا عبرة بالثقل وإنْ كبحها أو ضربها

من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى أكثر منها لم يجز، فله أنْ يحمل كر حنطة لغيره لو استأجرها بحمل كر حنطة لأنَّه مثله، وله حمل كر شعير لأنَّه دونه والقياس أنْ يضمنه بالحمل عليها خلاف الجنس كيف ما كان للمخالفة، وجه الاستحسان أنَّ التقيد إنما يعتبر إذا كان مفيداً، ولا فائدة هنا وفيه إشارة بأنْ سمي مقداراً من الحنطة وزناً، فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير أو القطن يضمن لأنَّه يأخذ من ظهر الدابة أكثر من البر كما في شرح الكنز لكن ذكر في الذخيرة في هذا أيضاً عدم الضمان، وقال شيخ الإسلام أنَّه لا يضمن استحساناً، وهو الأصح لأنَّ ضرر الشعير أو القطن مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزناً وبه يفتي الصدر الشهيد كما في النهاية (**وإن سمي قدراً من القطن، فليس له أن يحمل مثل وزنه حديداً**) لأنَّه يجتمع في مكان واحد من ظهرها، فيضرها أكثر (**وإنْ زاد على ما سمي فعطبت**) الدابة (**ضمن قدر الزيادة إنْ كانت تطيق ما حملها**) لأنَّها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه، والسبب الثقل فانقسم عليهما حتى لو كان المأذون مائة من وزاد عليه عشرين منا يضمن سدس الدابة، وأشار بالزيادة إلى أنها من جنس المسمى، فلو حمل جنساً آخر غير المسمى وجب جميع القيمة، وإلى أنه حمل الزيادة مع المسمى معاً فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن جميع القيمة كما في البحر (**وإلاّ**) أي وإنْ لم تطق ما حملها (**فكل القيمة**) لعدم الإذن فيه هذا إذا حملها المستأجر، أما إذا حملها صاحبها بيده، فلا ضمان على المستأجر، وإنْ حملا معاً وجب النصف على المستأجر، ولو حمل كل واحد جوالقاً وحده لا ضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقاً بالعقد، ولم يتعرض المصنف للأجر إذا هلك. وفي العناية أنَّ عليه الكراء، لا يقال كيف اجتمع الأجر والضمان لأنَّا نقول الأجر في مقابلة الحمل المسمى والضمان في مقابلة الزائد، وفي البحر، ولم يتعرض للأجر إذا سلمت،

. . . .

راكب ولابس (**فإذا ركب أو لبس هو**) بنفسه (**أو أركب أو ألبس غيره تعين**) ذلك (**فلا يستعمله غيره لتعينه فكأنه نص عليه ابتداء وإن قيد براكب أو لابس فخالف ضمن**) إذا أعطيت، ولا أجر عليه، وإنْ سلم بخلاف حانوت قعد فيه حداد مثلاً فسلم لزمه الأجر كما في المنح (**وكذا**) حكم (**كل ما يختلف باختلاف المستعمل**) كفسطاط (**و**) أما (**مالا يختلف به فتقييده هدر فلو شرط سكنى واحد جاز أنْ يسكن غيره**) لأنَّه تقييد غير مفيد لعدم التفاوت، وما يضر كالحدادة مستثنى (**وإن سمي ما يحمل على الدابة نوعاً وقدراً ككر بر فله حمل مثله**) في الضرر، وإن تساويا وزناً (**أو أخف كالشعير والسمسم لا ما هو أضر كالملح**) والقطن والتبن (**وإن سمي قدراً من القطن فلي سله أن يحمل مثل وزنه حديداً**) لأنَّه يجتمع، وذاك ينبسط (**وإن زاد**) الحمل (**على ما سمي**) من المقدار (**فعطبت ضمن قدر الزيادة**) على المسمى (**إن كانت تطيق ما حملها وإلاّ فكل القيمة**) من جميع الأجرة أي للحمل الأجرة، وللزيادة

فعطبت ضمن خلافاً لهما فيما هو معتاد وإنْ تجاوز بها مكاناً سماه ضمن ولا يبرأ بردها إلى ما سماه وإنْ استأجرها ذهاباً وإياباً في الأصح وإنْ نزع سرج الحمار وأسرجه بما

ولم أره صريحاً والقواعد تقتضي أنْ يجب المسمى فقط أما إذا حمله الحمال بنفسه وحده، فلا كلام، وأما إذا حمله المستأجر زائداً على المسمى، فمنافع الغصب لا تضمن عندنا، ومن هنا يعلم حكم المكاري في طريق مكة، وإنْ كان لا يحمل المستأجر الزيادة على المسمى إلاَّ برضى صاحب الدابة، ولهذا قالوا: ينبغي أنْ يرى المكاري جميع ما يحمله انتهى. **(وفي الأرداف يضمن النصف)** أي المستأجر إذا استأجر الدابة ليركبها، فأردف معه رجلاً فعطبت يضمن المستأجر نصف قيمتها **(ولا عبرة بالثقل)** لأنَّ ركوب العالم بالفروسية لا يضر، وإنْ ثقل وركوب غير العالم أضرَّ، وإنْ خف، هذا إذا كانت الدابة تطيق حمل الإثنين، وإنْ لم تطق حملهما يضمن كل القيمة، وقالوا: هذا إذا كان الرديف يستمسك بنفسه، وإنْ كان صغيراً لا يستمسك يضمن بقدر ثقله، وقيد بالأرداف لأنَّه إذا حمله على عاتقه فإنَّه يضمن جميع القيمة، ثم للمالك الخيار إنْ شاء ضمن الرديف، وإنْ شاء ضمن الراكب. فالراكب لا يرجع بما ضمن، والرديف يرجع إنْ كان مستأجراً وإلاَّ فلا كما في التبيين وغيره **(وإن كبحها)** أي الدابة من كبحت الدابة بلجامها إذا ردها وهو أنْ يجذبها إلى نفسه لتقف، ولا تجري **(أو ضربها فعطبت)** أي هلكت **(ضمن)** عند الإمام لأنَّه فعل غير مأذون فيه **(خلافاً لهما)** أي لا يضمن عندهما، وعند الأئمة الثلاثة **(فيما هو معتاد)** لأنَّ الضرب في السير معتاد، فكان مأذوناً فيه بخلاف غير المعتاد، وفي العناية أنَّ ضربه للدابة يكون تعدياً موجباً للضمان قيد بالكبح لأنَّ بالسوق لا يضمن اتفاقاً **(وإنْ تجاوز بها)** أي بالدابة **(مكاناً سماه)** فعطبت **(ضمن)** قيمتها لأنَّه صار غاصباً **(ولا يبرأ)** عن الضمان **(بردها)** أي الدابة **(إلى ما سماه)** أي إلى مكان سماه **(وإنْ)** وصلية **(استأجرها ذهاباً وإياباً في الأصح)** وقال زفر: لا يضمن لأنَّه لما عاد إلى الوفاق بريء عن

الضمان فلم يجتمعا، ولو سلمت فالمسمى فقط لأنَّ منافع الغصب لا تضمن عندنا، ومنه علم حكم المكاري في طريق مكة. **(قلت)**: وهذا إذا حملها المستأجر فإن حملها صاحبها وحده أوكل منهما جوالقاً فلا ضمان على المستأجر سواء تقدم أو تأخر على الأوجه خلافاً للخلاصة، وإنْ حملاه معاً وجب النصف على المستأجر بفعله، وهدر فعل ربها كما في التنوير **(وفي الأرداف)** لمن يستمسك بنفسه **(يضمن النصف ولا عبرة بالثقل)** لأنَّ الآدمي غير موزون، وهذا لو تطيق حمل الاثنين وإلاَّ فالكل كما لو حمل على عاتقه، وإن أطاقته لاتحاد المكان، وأفاد بالزيادة أنها من الجنس، فلو من غيره ضمن الكل كما لو ركب على موضع الحمل أما لو ركوبه في موضع، والحمل في موضع فبحسابه **(وإنْ كبحها)** أي جذبها بلجامها عنفاً لتقف ولا تجري **(أو ضربها فعطبت ضمن)** كل قيمتها لتقييد الأذن بالسلامة حتى لو هلك الصغير بضرب الأب أو الوصي للتأديب ضمن لوقوعه بزجر وتعريك، وهذا عنده **(خلافاً لهما)** فقالا لا ضمان **(فيما هو معتاد وإنْ تجاوز بها مكاناً سماه ضمن ولا يبرأ بردها إلى ما سماه وإنْ)** وصلية **(استأجرها ذهاباً وإياباً في الأصح)** لغصبه بمخالفته فلا يبرأ بعوده للوفاق **(وإنْ)**

يسرج به مثله لا يضمن وإنْ أسرجه أو أوكفه بما لا يسرج أو بما لا يوكف به مثله ضمن

الضمان كالمودع، ولنا أنَّ يد المستأجر ليست يداً لمالك، ولا بد من الرد إليه بعد التعدي وبالعود لا يكون راداً لها إليه بخلاف المودع، فإنَّ يده يد المالك في الحفظ فإذا عاد المودع إلى الوفاق عاد إلى يد المالك حكماً فقوله في الأصح: احتراز عما قيل إنما يضمن إذا استأجر ذاهباً فقط لا جائياً لأنَّ الإجارة انتهت إلى ذلك الموضع، فيضمن بالتجاوز عنه، قال صاحب الهداية: الإطلاق أصح. وقال صاحب الكافي: التقييد أصح. **(وإنْ نزع سرج الحمار)** الذي اكتراه بسرج **(وأسرجه بما يسرج به مثله)** فهلكت **(لا يضمن)** اتفاقاً لأنَّه إذا كان يماثل الأول تناوله إذن المالك إذ لا فائدة في التقييد بغيره إلاَّ إذا كان زائداً عليه في الوزن، فحينئذ يضمن الزيادة كما في الهداية **(وإنْ أسرجه أو أوكفه بما لا يسرج)** متعلق بقوله: أسرجه **(أبو بما لا يوكف به)** متعلق بقوله أوكفه **(مثله)** فهلكت **(ضمن)** جميع قيمته لأنَّه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً **(وكذا إنْ أوكفه بما يوكف به مثله)** عند الإمام لأنَّ الإكاف يستعمل بغير ما يستعمل له السرج، وهو الحمل وأثره يخالف أيضاً لأنَّه لا ينبسط انبساط السرج، فكان في حق الدابة خلافاً إلى جنس غير المسمى فلم يصر مستوفياً شيئاً من المسمى، فيضمن الكل، قيد بكونه لا يسرج مثله لأنَّه إذا استأجرها بإكاف فأوكفها باكاف مثله أو أسرجها مكان الإكاف لا يضمن كما في الخلاصة، وفي البحر لو استأجرها عريانةً فأسرجها وركبها ضمن قال مشائخنا: إذا استأجرها من بلد إلى بلد لا يضمن، وإنْ استأجرها ليركبها في المصران كان المستكري من الأشراف لا يضمن، ثم قال: وفي الكافي الضمان مطلقاً من غير تفصيل المشائخ، وكان هو المذهب لأنَّه ظاهر الرواية، كما لا يخفى انتهى **(وقالا يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط)** حتى لو كان وزن الإكاف ضعف وزن السرج ضمن نصف قيمتها لانعدام الإذن في قدر الزيادة والجواب قد مر آنفاً، وفي العناية ولم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية الجامع الصغير لأنَّه لم يذكر فيه أنَّه ضامن بجميع القيمة، ولكنَّه قال هو ضامن وذكر في الإجارات يضمن بقدر ما زاد، فمن المشائخ من قال: ليس في المسألة روايتان وإنما المطلق محمول على المفسر، ومنهم من قال: فيها روايتان في رواية الإجارات يضمن ما زاد، وفي رواية الجامع يضمن جميع القيمة وقال شيخ الإسلام وهذا أصح وتكلموا في معنى قولهما: يضمن بحسابه، وهو إحدى

. . . .

اكترى حماراً مسرجاً ثم **(نزع سرج الحمار وأسرجه بما يسرج به مثله)** أو أسرجه مكان الإيكاف **(لا يضمن)** إلاَّ إذا زاد وزناً فيضمن بحسابه، ذكره ابن الكمال **(وإنْ أسرجه أو أوكفه بما لا يسرج، أو بما لا يوكف به مثله ضمن وكذا)** أي يضمن أيضاً **(إنْ)** نزع سرجه و **(أوكفه)** ولو **(بما يوكف به مثله)** لأنَّ الإكاف ليس من جنس السرج، وهذا عنده **وقالا يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط)** ولو استأجرها بغير لجام فألجمها بلجام لا يلجم مثله ضمن.

وكذا إنْ أوكفه بما يوكف به مثله وقالا يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط وإنْ سلك الحمال طريقاً غير ما عينه المالك، مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه إنْ لم يتفاوت الطريقان وإن تفاوتا أو كان مما لا يسلكه الناس أو جمله في البحر فتلف ضمن

الروايتين عن الإمام، فمنهم من قال أنَّه يقدر بالمساحة، حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار، يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى إذا كان وزن السرج منوين والإكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها **(وإن سلك الحمال طريقاً غير ما عينه المالك، مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه)** أي على الحمال **(إنْ لم يتفاوت الطريقان)** لأنَّ التقييد غير مفيد عند عدم التفاوت **(وإن تفاوتا)** أي الطريقان بأنْ كان الطريق المسلوك أعسر أو أبعد أو أخوف من الطريق الآخر **(أو كان)** الطريق المسلوك **(مما لا يسلكه الناس)** وإنْ لم يكن بين الطريقين تفاوت كما في شرح الوقاية لابن الشيخ وغيره، فعلى هذا ظهر لك عدم فهم من قال أنَّه لا حاجة إليه لأنَّ تفاوت الطريقين يغني عنه، ويمكن دفعه بالتكلف انتهى لأنَّه لا بد من ذكر هذه المسألة لأنَّها مستقلة تبع قيد بالتعيين لأنَّه لو لم يعين لا ضمان، وفي الخلاصة الحمال إذا نزل في مفازة، وتهيأ له الانتقال، فلم ينتقل حتى فسد المتاع بمطر أو سرقة فهو ضامن إذا كانت السرقة والمطر غالباً **(أو حمله)** أي حمل الحمال المتاع **(في البحر)** إذا قيد بالبر **(فتلف)** المتاع في هذه الصور **(ضمن)** الحمال لصحة التقييد أما إذا تفاوتا أو لا يسلكه الناس فظاهر، وإذا حمله في البحر فلخطر البحر والندرة لسلامة، أطلقه فشمل ما إذا كان مما يسلك الناس أو لا، وقيدنا بكونه قيد بالبر لأنَّه لو لم يقيد به لا ضمان كما في البحر **(وإنْ بلغ)** قال الإتقاني السماع بلغ بالتشديد، أي إنْ بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترط، ويجوز بالتخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع أي إذا بلغ إلى ذلك الموضع كما في البحر **(فله الأجر)** أي للحمال لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنًى، فلا يلزم اجتماع الأجر والضمان لأنَّهما في حالتين كما في شرح الكنز للعيني **(وإنْ عين زرع بر فزرع رطبة)** أي من استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة **(ضمن ما نقصت الأرض)** لأنَّ الرطاب أكثر ضرراً بالأرض من البر لانتشار عروقها فيها، وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شر مع اختلاف الجنس، فيجب عليه جميع النقصان **(ولا أجر عليه)** لأنَّه لما خالف صار غاصباً فاستوفى

. . . .

وكذا لو أبدله **(وإن سلك الحمال طريقاً غير ما عينه المالك)** ولكنه **(مما يسلكه الناس)** وهلك متاعه **(فلا ضمان عليه إنْ لم يتفاوت الطريقان)** بعداً أو وعراً أو خوفاً **(وإن تفاوتا)** بما ذكرنا **(أو كان)** أي هذا الطريق بحيث **(مما لا يسلكه الناس أو حمله في البحر)** وقد قيد بالبر **(فتلف ضمن)** ولو لم يقيد بالبر لا ضمان **(وإنْ بلغ)** الحمال **(المنزل)** سالماً **(فله الأجر)** لحصول المقصود **(وإنْ)** استأجر أرضاً و **(عين زرع بر فزرع)** فيها **(رطبة ضمن ما نقصت الأرض)** لأنَّ الرطبة أضر من البر **(ولا أجر عليه)** لأنَّه صار

وإنْ بلع فله الأجر وإنْ عين زرع بر فزرع رطبة ضمن ما نقصت الأرض ولا أجر عليه وإنْ أمر بخياطة الثوب قميصاً فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته وبين أخذ القباء ودفع أجر مثله لا يزاد على ما سميّ. وكذا لو أمر بقباء فخاط سراويل في الأصح وقيل يضمنه هنا بلا خيار.

المنفعة بالغصب، فلا يجب الأجر به، قال العيني: وإنْ زرع ما هو أقل ضرراً من البر، لا يجب عليه الضمان، ويجب عليه الأجر لأنَّه خلاف إلى خير، فلا يصير به غاصباً، وفي المنح ما ذكر ههنا من عدم وجوب الأجر ووجوب ما نقص من الأرض هو مذهب المتقدمين من المشائخ، وأما مذهب المتأخرين، فيجب أجر المثل على الغاصب إذا كانت الأرض للوقف أو لليتيم أو أعدها صاحبها للاستغلال كالخان ونحوه **(وإن أمر بخياطة الثوب قميصاً فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته)** أي الثوب **(وبين أخذ القباء ودفع أجر مثله)** لأنَّه لما كان يشبه القميص من وجه لأنَّ الأتراك يستعملان استعمال القميص كان موافقاً من وجه مخالفاً من وجه. فإن شاء مال إلى جانب الوفاق، وأخذ الثوب، وإنْ شاء مال إلى جانب الخلاف، وضمنه القيمة، وإنما وجب أجر المثل دون المسمى لأنَّ صاحبه إنما رضيَّ بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه، ولم يحصل **(لا يزاد على ما سمى)** كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة، وفي البحر أطلقه فشمل ما إذا كان يستعمل استعمال القميص، وما إذا شقه وجعل قباء خلافاً للأسبيجابي في الثاني حيث أوجب فيه الضمان من غير خيار، وعن الإمام أنَّه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب.

(وكذا) خير المالك **(لو أمر بقباء فخاط سراويل في الأصح)** للاتحاد في أصل المنفعة، وصار كمن أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزاً فإنَّه يخير فكذا ههنا **(وقيل يضمنه هنا بلا خيار)** للتفاوت في المنفعة.

. . . .

غاصباً إلاَّ فيما استثنى كما يأتي في بابه **(وإن أمر بخياطة الثوب قميصاً فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته وبين أخذ القباء ودفع أجر مثله لا يزاد على ما سمي)** كما هو حكم الإجارة الفاسدة **(وكذا لو أمر بقباء فخاط سراويل)** فإنَّ الحكم كذلك **(في الأصح، وقيل يضمنه هنا بلا خيار)** ولو قال للخياط: اقطع طوله وعرضه وكمه، كذا فجاء ناقصاً إنْ قدر أصبع ونحوه عفو وإن أكثر ضمنه قال إن كفاني قميصاً فأقطعه بدرهم وخاطه، ثم قال: لا يكفيك ضمنه، ولو قال: أيكفيني قميصاً فقال: نعم، لا، دفع غلامه أو ابنه لحايك مدة، كذا ليعلمه النسج وشرط عليه كل شهر كذا جاز، ولو لم يشترط فبعد تعليمه طلب كل من المعلم والمولى أجراً من الآخر اعتبر عرف البلدة في ذلك العمل، استأجر دابة ليحملها كذا فمرضت، فحملها دونه لم يرجع لرضاه بذلك، وتمامه فيما علقته على التنوير.

باب الإجارة الفاسدة

يجب فيها أجر المثل لا تزاد على المسمى ومن استأجر داراً كل شهر بكذا صح العقد في شهر فقط إلاّ أن يسمى جملة الشهور وكل شهر سكن منه ساعة صح فيه وسقط حق الفسخ وظاهر الرواية بقاؤه في الليلة الأولى ويومها وإنْ آجرها سنة بكذا صح وإنْ لم

باب الإجارة الفاسدة

وجه التأخير عن الصحيحة ظاهر (**يجب فيها**) أي في الإجارة الفاسدة (**أجر المثل لا تزاد على المسمى**) المعلوم عندنا وعند زفر والأئمة الثلاثة يجب الأجر بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان، ولنا أنَّ المنافع غير متقومة بنفسها بل بالعقد ضرورة لحاجة الناس، وقد أسقط المتعاقدان بالتسمية الزيادة فيه، وإذا نقص أجر المثل لا تجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لأنَّ تقوم الأعيان ليس بضروري فالحاصل أنَّ المسمى إنْ كان مساوياً لأجر المثل أو زاد عليه فأجر المثل وإنْ كان أقل منه فالمسمى كما في القهستاني، هذا إذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى أو لعدم التسمية، فإنْ كان لجهالة المسمى أو لعدم التسمية يجب أجر مثله بالغاً ما بلغ.

وكذا إذا كان بعضه معلوماً وبعضه غير معلوم مثل أن يسمي دابة أو ثوباً أو يستأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أنْ يعمرها أو يرمها وقالوا إذا استأجر داراً على أنْ لا يسكنها المستأجر فسدت الإجارة، ويجب عليه أجر المثل بالغاً ما بلغ إنْ سكنها (**ومن استأجر داراً كل شهر بكذا صح العقد في شهر**) واحد (**فقط**) وفسد في الباقي لأنَّ كلمة كل للعموم وقد يتعذر العمل بها لأنَّ الشهور لا نهاية لها، والواحد معين، فيصح فيه وإذا تم الشهر كان لكل منهما فسخ الإجارة لانتهاء العقد الصحيح من غير محضر صاحبه على قول أبي يوسف وبمحضره على قولهما، وقيل لا يفسخ إلاَّ بمحضر صاحبه بالاتفاق (**إلاَّ أنْ يسمي جملة الشهور**) أي إلاَّ أنْ يعين كل الأشهر بأن يقول: آجرتها عشرة أشهر كل شهر بدرهم مثلاً، لأنَّه حينئذ تعلم المدة فيصح العقد فيها بالإجماع (**وكل شهر سكن**) المستأجر (**منه**) أي من الشهر (**ساعة صح فيه**) أي في ذلك الشهر الذي سكن ساعة لحصول رضاهما بذلك (**وسقط حق الفسخ**) أي لا يكون

. . . .

باب الإجارة الفاسدة

الفاسد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه، والباطل ما ليس مشروعاً أصلاً وحكم الأول وجوب أجر المثل بالاستعمال بخلاف الثاني، فلذا قال (**يجب فيها أجر المثل**) يعني الوسط منه (**لا يزاد على المسمى**) إنْ كان المسمى معلوماً غير مجهول، وإلاَّ فبالغاً ما بلغ لكن إنما يجب ذلك باستيفاء المنفعة حقيقة لأنَّ المنافع فيها لا تملك بالقبض حتى لو قبضها، ليس له أن يؤجرها، ولو آجرها يجب أجر المثل كما في البحر عن الخلاصة (**ومن استأجر داراً**) أو أرضاً (**كل شهر بكذا**) بلا بيان المدة (**صح العقد في شهر فقط**) وفسد في الباقي لجهالتها، والأصل أنه متى دخل كل فيما لا يعرف منتهاه تعين

يبين قسط كل شهر وابتداء المدة ما سمَّى وإلا فوقت العقد، فإن كان حين يهل تعتبر بالأهلة وإلاَّ فبالأيام وعند محمد الأول بالأيام والباقي بالأهلة وأبو يوسف معه في رواية

للمؤجر إخراجه إلى أنْ ينقضي ذلك الشهر إلاَّ بعذر، لأنَّه تم العقد به لتراضيهما في أوله، وهذا هو القياس وقد مال إليه بعض المتأخرين **(وظاهر الرواية بقاؤه)** أي بقاء حق الفسخ **(في الليلة الأولى ويومها)** أي لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من الشهر الداخل ويومها وبه يفتي كما في أكثر المعتبرات لأنَّ ذلك رأس الشهر، وفي اعتبار أول الشهر نوع حرج لتعذر اجتماع المتعاقدين في ساعة رؤية الهلال، ولو فسخ في أثناء الشهر لم ينفسخ، وقيل ينفسخ إذا خرج الشهر، ولو قال في أثناء الشهر فسخت في رأس الشهر ينفسخ إذا أهل الشهر بلا شبهة، ولو قدم أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الأجرة لا يكون لواحد منهما الفسخ فيما عجل **(وإنْ آجرها)** أي الدار **(سنة بكذا صح وإنْ)** وصلية **(لم يبين قسط كل شهر)** لأنَّ المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والأجرة معلومة، فتصح وتقسم الأجرة على الأشهر على السواء، ولا يعتبر تفاوت الأسعار باختلاف الزمان **(وابتداء المدة)** أي مدة الإجارة **(ما سمي)** إنْ وقعت التسمية بأن يقول: من شهر رجب من هذه السنة مثلاً **(وإلا)** أي إنْ لم يقع تسميته **(فوقت العقد)** هو المعتبر في ابتداء المدة لأنَّ الأوقات كلها سواء في حكم الإجارة، وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كالأجل واليمين أنْ لا يتكلم فلاناً شهراً، هذا إذا كان العقد مطلقاً من غير تعيين المدة، وإنْ بين المدة تعين ذلك، وهو ظاهر **(فإنْ كان)** عقد الإجارة **(حين يهل)** على صيغة المفعول بمعنى يبصر الهلال، والمراد من الحين اليوم الأول من الشهر دون ليله، كما في اليمين **(تعتبر)** السنة كلها **(بالأهلة)** لأنَّها هي الأصل في الشهور، قال الله تعالى: ﴿يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس﴾ [البقرة: ١٨٩] **(وإلاَّ)** أي، وإنْ لم يكن العقد حين يهل الهلال، بل كان بعدما مضى من الشهر **(فبالأيام)** أي فتعتبر الأيام في الشهور بالعدد، وهو أنْ يعتبر كل شهر ثلاثون يوماً، هذا عند الإمام لأنَّه لما تعذر اعتبار الشهر الأول بالأهلة تعذر اعتبار الثاني والثالث أيضاً لأنَّ الشهر الأول لما وجب تكميله من الثاني لكونه متصلاً به نقص الثاني أيضاً، فوجب تكميله من الثالث، وهكذا إلى آخر المدة **(وعند محمد الأول)** أي الشهر الأول **(بالأيام والباقي بالأهلة)** لأنَّ الأصل في الشهور اعتبارها بالأهلة عند الإمكان، وقد أمكن ذلك في الشهور المتخللة، وتعذر بالأول فيكمل بالأيام الشهر الآخر **(وأبو يوسف معه)** أي مع محمد **(في رواية**

. . . .

أدناه، وإذا تم الشهر الأل فلكل فسخها بشرط حضور الاخر لانتهاء العقد الصحيح، وكذا بلا حضوره عند الثاني وقيل لا يصح بلا خلاف **(إلا أنْ يسمى جملة الشهور)** فيصح في الكل لزوال المانع **(و)** صح ذلك في **(كل شهر)** بعد الشهر الأول حال كونه **(سكن)** الدار **(منه ساعة)** من أوله **(صح فيه)** كله لرضاهما بذلك **(وسقط حق الفسخ)** حتى يتقضي إلاَّ بعذر **(وظاهر الرواية بقاؤه)** أي الخيار لكل منهما **(في الليلة الأولى)** من الشهر الداخل **(ويومها)** وبه يفتي للعرف، ودفعاً للحرج وفسخه في أثناء الشهر

ومع الإمام في أخرى كذا العدّة، ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام لا أخذ أجرة عسب التيس على الطاعات كالأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه أو المعاصي كالغناء

ومع الإمام في أخرى وكذا العدة) فإنَّ الإيقاع إذا كان حين يهل تعتبر الهلال شهور العدة بالأهلة، وهذا بلا خلاف، وإذا كان في أثناء الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتب بالأيام اتفاقاً.

وكذا في حق انقضاء العدة عنده، وأما عندهما فيعتبر شهر واحد بالأيام وشهران بالأهلة، وذكر في النهاية أنَّ العدة في هذه الصورة تعتبر بالأيام اتفاقاً كما في القهستاني.

(**ويجوز أخذ**) الحمامي (**أجرة الحمام**) للتوارث والتعارف، قال ﷺ: «ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن»[1] فلا تعتبر جهالة المنفعة في مثل هذا، ومن العلماء من كره الحمام لأنَّه شر بيت بإشارة النبي عليه الصلاة والسلام وكره بعضهم اتخاذه للنساء، لأنَّه قلما يخلو اجتماعهنَّ عن فتنة، والصحيح أنَّه لا بأس باتخاذه للرجال والنساء جميعاً للضرورة كما في أكثر المعتبرات (**و**) يجوز أخذ (**الحجام**) أجرته لما رويَّ أنَّه ﷺ احتجم وأعطى أجرته فكان قوله عليه الصلاة والسلام: «إنَّ من الحرام السحت» كسب الحجام منسوخاً بما روي (**لا**) يجوز (**أخذ أجرة عسب التيس**) هو أنْ يؤاجر فحلاً لينزو على الإناث لقوله عليه الصلاة والسلام: «إنَّ من السحت عسب التيس» بمعنى أخذ أجرة عسب التيس على حذف المضاف والمضاف إليه لأنَّ حقيقة العسب ليس بمكروه، لأنَّه سبب لبقاء النسل، ولأنَّ الاستئجار للإحبال والإنزاء وهو أمر موهوم غير معلوم (**ولا**) يجوز أخذ الأجرة عند المتقدمين (**على الطاعات**).

. . . .

لغو وقيل موقوف لرأس الشهر كما لو قال: فسخت رأس الشهر، وهذا كله إذا لم يعجل بالأجرة، وإلاّ فلا يفسخ كل فيما عجل، ذكره الزيلعي وغيره (**وإنْ آجرها سنة بكذا صح وإنْ لم يبين قسط كل**) شهر وتقسم سوية بلا اعتبار تفاوت سعر وزمن (**وابتداء المدة ما سمي وإلاّ**) يسم أول المدة (**فوقت العقد**) أولها وهذا لو العقد مطلقاً فلو معيناً تعين ذلك (**فإن كان**)و قت العقد (**حين يهل**) بضم ففتح أي يبصر الهلال أي اليوم الأول من الشهر عرفاً (**تعتبر**) الابتداء (**بالأهلة**) أي بالهلال فإن اللام ترد الجمع إلى الجنس كما تقرر (**وإلاّ فبالأيام**) كل شهر ثلاثون، فالسنة ثلاثمائة وستون فالسنة عنده عددية لا شمسية ولا قمرية، وعندهما قمرية لا غير، والمختار مذهب الإمام، قيل: ويلزمه تكرر عيد الأضحى وأيام التشريق في سنة واحدة، وأجيب بأنَّه في سنة الإجارة لا في القمرية فالممحذور غير لازم واللازم غير محذور وأورد القهستاني هنا خمس إشكالات على كلام صدر الشريعة مع حلها فليراجع (**وعند محمد الأول بالأيام والباقي بالأهلة، وأبو يوسف معه في رواية، ومع الإمام في أخرى**) وبالأولى جزم في المجمع (**وكذا العدة**) يجوز تعلقه بالأيام وتمام ال كلام قد سبق مستوفي (**ويجوز أخذ أجرة الحمام**) ولا اعتبار للجهالة مع تعارف المسلمين، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[1]، نعم قال ابن حجر: لم أجده مرفوعاً لكن أخرجه الإمام أحمد موقوفاً على ابن مسعود

---

(١) أخرجه أحمد بن حنبل (١، ٣٧٩)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ١/ ٤٦٨.

والنوح والملاهي ويفتي اليوم بالجواز على الإمامة وتعليم القرآن والفقه ويجبر المستأجر على دفع ما سمي ويحبس به وعلى الحلوة المرسومة ولا تصح إجارة المشاع

وفي شرح الوافي والمذهب عندنا، أنَّ كل طاعة يختص بها المسلم، فالاستئجار عليها باطل (**كالأذان والحج والإمامة**) والتذكير والتدريس والغزو (**وتعليم القرآن والفقه**) وقراءتهما، لأنَّ القربة تقع على العامل، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «اقرؤا القرآن» أي علموا ولا تأكلوا به، بخلاف بناء المساجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه وتعليم الكتابة والنجوم والطب والتعبير والعلوم الأدبية، فإنْ أخذ الأجرة في الجميع جائز بالاتفاق.

وقال الشافعي: يجوز في كل ما لا يتعين على الأجير، وعند مالك يجوز على الإمامة إذا جمعها مع الأذان (**أو المعاصي**).

أي لا يجوز أخذ الأجرة على المعاصي (**كالغناء والنوح والملاهي**)، لأنَّ المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر، وإنْ أعطاه الأجر وقبضه لا يحلُّ له ويجب عليه ردّه على صاحبه.

وفي المحيط إذا أخذ المال من غير شرط يباح له لأنه عن طوع من غير عقد، وفي شرح الكافي لا يجوز الإجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل، أو شيء من اللهو، ولا على قراءة الشعر ولا أجر في ذلك.

وفي الولوالجي رجل استأجر رجلاً ليضرب له الطبل إن كان للهو لا يجوز، وإن كان للغزو أو القافلة أو العرس يجوز لأنه مباح فيها (**ويفتي اليوم بالجواز**) أي بجواز أخذ الأجرة (**على الإمامة وتعليم القرآن والفقه**) والآذان كما في عامة المعتبرات.

وهذا على مذهب المتأخرين من مشائخ بلخ، استحسنوا ذلك وقالوا: بنى أصحابنا

. . . .

بإسناد حسن (**والحجام**) لأنّه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى أجرته متفق عليه، وحديث النهي منسوخ أو للإشفاق لخساسته (**لا**) يجوز (**أخذ أجرة عسب التيس**) بفتح فسكون نزوه على الأنثى وأعطاء كرائه فإنه حرام ويدخل فيه كل فحل كحصان وحمار ولا بأس به مجاناً (**ولا**) يجوز، وتبطل الإجارة عند المتقدمين (**على الطاعات**) أي كل عبادة غير واجبة فلو على أمر مباح كتعليم كتابة ونجوم وطب وتعبير جازت اتفاقاً ولو على أمر واجب، كما إذا كان المعلم والإمام أو المفتي واحد، لم تصح اتفاقاً.

ذكره الكرماني وغيره، (**كالأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه**) وقراءتهما، والتدريس والتذكير والغزو، ذكره القهستاني (**أو المعاصي كالغناء والنوح والملاهي**) كمزمار وطبل ونحت صنم وزخرفة بيت بتماثيل، ولو استأجر لينحت له طنبوراً أو بربطاً، يطيب له الأجر إلا أنّه يأثم في الإعانة على المعصية، كما في المخيط، ولو استأجر رجلاً ليكتب له غناء بالفارسية أو بالعربية، طاب له الأجر.

. . . .

المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ، ورغبة الناس فيهم، وكانت لهم عطيات من بيت المال، وافتقاد من المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان، من غير شرط مروة يعينونهم على معاشهم ومعادهم، وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفاً من ذهاب القرآن، وتحريضاً على التعليم، حتى تنهضوا لإقامة الواجب، فتكثر حفاظ القرآن.

وأما اليوم فذهب ذلك كله، وانقطعت العطيات من بيت المال، بسبب استيلاء الظلمة، واشتغل الحفاظ بمعاشهم، وقلما يعلمون الحسبة ولا يتفرغون له أيضاً، فإنَّ حاجتهم يمنعهم من ذلك، فلو لم يفتح باب التعليم بالأجر لذهب القرآن، فافتوا بجوازه لذلك، ورأوه حسناً وقالوا: الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان.

ألا يرى أنَّ النساء كن تخرجن إلى الجماعات في زمانه عليه الصلاة والسلام، وزمان أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه، حتى منعهن عمر رضي الله تعالى عنه، واستقر الأمر عليه وكان ذلك هو الصواب، كما في التبيين وفي النهاية، يفتي بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضاً في زماننا، وفي الخانية خلافه تتبع، وفي المجمع يفتي بجواز الاستئجار على التعليم والفقه والأمامة.

كذا في الذخيرة والروضة، ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف، كما في شرح الكنز للعيني **(ويجبر المستأجر)** وهو الصبي أو وليه **(على دفع ما سمي)** من الأجر **(ويحبس به)** أي بالأجر الذي سمي **(و)** يجبر **(على)** دفع **(الحلوة المرسومة)** الحلوة بفتح الحاء المهملة هدية تهدي إلى المعلمين على رؤوس بعض سور القرآن، سميت بها لأنَّ العادة إهداء الحلاوي، وهي لغة يستعملها أهل ما وراء النهر، حتى لو لم يكن بينهما قول وشرط يؤمر بإرضائه المعلم.

وفي الخانية وغيرها رجل استأجر رجلاً ليعلم ولده أو عبده الحرفة فيه روايتان، في

. . . .

وكذا لو كتب لامرأة كتاباً إلى أختها بأجر، ولو استأجر ماشطة لتزين العروس لا يطيب لها الأجر، إلا أن يكون على وجه الهدية من غير شرط، كا في الظهيرية، وأقره القهستاني، زاد في المنح معزياً للبزازية، والصواب أنَّه إن ذكره العمل والمدة، جاز.

وكذا لو استأجر لكتابة تعويذ السحر إنْ بين الكاغد والخط، جاز كما في المنية، ولو أخذ المال بلا شرط يباح، ذكره الزيلعي وغيره **(ويفتي اليوم)** أي يفتي المتأخرون **(بالجواز)** للإجارة **(على)** هذه العبادات لفتور الرغبات ومنع العطيات مثل **(الإمامة وتعليم القرآن والفقه)** تحرزاً عن الأندراس.

والأحكام تختلف باختلاف الزمان **(و)** حينئذ **(يجبر المستأجر على دفع ما سمى)** أي فيجب المسمى بالعقد، وإلاّ فأجر المثل، كما في شرح الوقاية لابنالملك، وشركة شرح الوهبانية **(ويحبس به)** به يفتي **(و)** يجبر **(على)** دفع **(الحلوة المرسومة)** أي المعروفة هي ما يهدي للمعلم على رؤوس بعض

إلاّ في الشريك وعندهما تصح مطلقاً وإنْ آجر داراً من رجلين صح اتفاقاً ويجوز

رواية المبسوط تجوز، وفي رواية القدوري لا تجوز، فإنْ بين لذلك وقتاً معلوماً سنة أو شهر، أجازت الإجارة، ويستحق المسمى تعلَّم الولد أو لم يتعلم، وإنْ لم يبين لذلك وقتاً لا تصح الإجارة، وله أجر المثل إنْ تعلم الولد والعبد، وإنْ لم يتعلم فلا أجر له.

وفي الجواهر استؤجروا لحمل جنازة مسلم، أ ولغسل ميت، فإنْ كان في موضع لا يوجد من يغسله غير هؤلاء فلا أجر لهم، وإنْ كان في موضع فيه أناس غيرهم فلهم الأجر.

وفي النتف إجارة السفن جائزة، وهي على وجهين: أحدهما: أن يستأجرها إلى مدة معلومة، والآخر أن يستأجرها إلى مكان معلوم، وكلاهما جائزان إنْ مضت المدة وهي في البحر، فله أنْ يمسكها حتى تخرج من البحر، ويعطيه أجر مثلها وكذا إجارة الخيام والفسطاط جائزة، وله أن ينصب ذلك كما ينصب الناس، فإنْ احترق في الشمس، أو فسد في السفر من المطر أو الثلج، أو تخرق من غير عنف، أو خلاف، فلا ضمان.

وكذا إجارة الأسلحة جائزة، وله أن يقاتل ولا ضمان عليها، إن هلكت، وإن تعدى عليها فهلك فعليه الضمان ولا أجر عليه، **(ولا تصح إجارة المشاع)** سواء كان الشيوع فيما يحتمل القسمة كالعروض، أو فيما يحتمل القسمة كالعبد عند الإمام، لأنَّ إجارة الدار مثلاً إنما هي للانتفاع بعينها، وهذا غير متصور في المشاع، حيث لا يمكن التسليم بخلاف بيعه، والمراد من الشيوع الشيوع الأصلي لأنَّ الطاري لا يفسد الإجارة في ظاهر الرواية عند الإمام، وعنه يفسدها **(إلاّ من الشريك)** فإنه يجوز مشاعاً بالإجماع في ظاهر الرواية عن الإمام، لأنَّ الكل مجتمع على ملكه، فلا يلزم الشيوع، وعنه لا يجوز أيضاً ثم اختلف المشائخ على قول الإمام.

قيل: لا ينعقد حتى لا يجب الأجر أصلاً، وقيل: ينعقد فاسداً حتى يجب أجر المثل وهو الصحيح **(وعندهما تصح)** إجارة المشاع **(مطلقاً)** سواء آجر نصيبه شريكه، أو غيره لأنه نوع

. . . .

سور القرآن، سميت بها لأنَّ العادة إهداء الحلاوي والمعروف كالمشروط، ولو علم الهجاء ولم يبلغ إلى الحلوة، يطلب رضى الاستاد.

وأما استئجار المصحف وكتب الفقه، فغير جائز، لعدم التعارف، كما في الزيلعي والمنح وشرح المجمع، وعبارة الاختيار: لو استأجر مصحفاً أو كتاباً ليقرأ فيه، فقرأ، لم يجز، ولا أجر له، لأنَّ القراءة والنظر منفعة تحدث من القارىء لا من الكتاب، فصار كما إذا استأجر شيئاً لينظر إليه لا يجوز، وهل تجوز لتعليم حرف روايتان، فإن بين المدة جاز وإلاَّ لا، لكن له أجر المثل إن تعلم وإلاَّ لا كما في الخانية.

وجزم به في المجتبى بالجواز ما لم يشترط تعليمه لتعلقه بفهم المتعلم، وليس في وسعه، قال:

استئجار الظئر بأجر معلوم وكذا بطعامها وكسوتها خلافاً لهما وعليها غسل الصبي

تمليك، فيجوز كالبيع وبه قال الشافعي ومالك: والحيلة في جواز إجارة المشاع، أن يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فإنَّه يجوز لأنَّ الشيوع الطاري لا يفسدها كما مر، ويحكم الحاكم بجوازه.

وفي المغني الفتوى في إجارة المشاع على قولهما، لكن في الخانية وغيرها الفتوى على قول الإمام، وبه جزم أصحاب المتون والشروح فكان هو المذهب كما في المنح (**وإنْ آجر داراً من رجلين صح اتفاقاً**) لأنَّ التسليم يقع جملة، ثم الشيوع لتفرق الملك بينهما طار (**ويجوز استئجار الظئر**) وهي مرضعة (**بأجر معلوم**) والقياس أنْ لا يصح كإجارة البقرة أو الشاة ليشرب لبنها، وإجارة البستان ليأكل ثمره.

وجه الاستحسان قوله تعالى: ﴿فإن ارضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] وعليه انعقد الاجماع.

وقد جرى به التعامل في الأعصار بلا نكير، لأنَّه عقد على منفعة، هي تربية الصبي والبن تابع وهو اختيار صاحب الذخيرة والإيضاح وأقرب إلى الفقه، كما في الهداية وهو الصحيح كما في الكافي.

وقيل: عقد على اللبن لأنَّه المقصود والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وفي العناية كلام فليطالع.

(**وكذا**) يجوز استئجارها (**بطعامها وكسوتها**) استحساناً عند الإمام لأنَّ الجهالة هنا لا تفضي إلى النزاع لأنَّ العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد (**خلافاً لهما**) أي قالا: لا يجوز قياساً للجهالة وهو قول الشافعي.

. . . .

وامتناع جواز إجارة تعليم القرآن لهذا. (قلت): وحيلة الجواز على قول الكل أن يستأجره شهراً مثلاً ثم يأمره بالتعليم فليحفظ، (**ولا تصح إجارة المشاع إلا من الشريك**) فيما يقسم وما لا يقسم عنده (**وعندهما تصح مطلقاً**) وعليه الفتوى كما في القهستاني، وعزاه البرجندي والزيلعي وغيرهما للمغني.

لكن رده العلامة قاسم في تصحيحه بأنَّ ما في المغني شاذ مجهول القائل فلا يعول عليه، وأقرّه في المنح (**وإن رجر داراً من رجلين صح اتفاقاً**) كما لو آجر لشريكه، أو قضى بجوازه.

وطريق الجواز عند الكل أن يعقد على الكل، ثم يفسخ فيما يريد، لأنَّ الشيوع الطارىء غير مفسد بالإجماع.

وعنه أن المقارنْ غير مفسد والصحيح فساده لا بطلانه، فيجب أجر المثل، ذكره القهستاني وذكر أن الفتوى على جواز إجازة البناء وحده.

وغسل ثيابه وإصلاح طعامه ودَهنه لا ثمن شيء منها بل هو على من نفقته عليه فإن أرضعته في المدة بلبن شاة أو غذته بطعام فلا أجر لها. ولزوجها وطؤها لا في بيت

وفي الجامع الصغير إنْ سمي الطعام دراهم، ووصف جنس الكسوة وأجلها وبين ذراعها جاز إجماعاً.

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن تجعل الأجرة دراهم، ثم يدفع الطعام عوضاً عنها ولو بين جنس الطعام ووصفه وقدره، جاز أيضاً، وفي الطعام لا يشترط الأجل (**وعليها**) أي على الظئر (**غسل الصبي وغسل ثيابه**) عن البول والغائط لا عن الوسخ (**وإصلاح طعامه**) بالمضغ أو الطبخ (**ودَهنه**) بفتح الدال أي جعل الصبي مطلي بالدُهن بالضم لأنَّ كلاً منها عليها عرفاً والعرف معتبر فيما لا نص فيه.

و (**لا**) يجب على الظئر (**ثمن شيء منها**) أي من هذه المذكورات (**بل هو**) أي ثمن طعامه ودهنه وما غسل به ثيابه من الصابون ونحوه (**وأجرها**) أي أجر الظئر (**على من نفقته**) أي نفقة الصبي (**عليه**) سواءً كان والده أو غيره ممن تجب عليه نفقته، فلو مات ممن تجب عليه نفقته، فعلى الوصي من مال الصبي، فلا تبطل الإجارة بموته، وقال أبو بكر: إنها تبطل إذا كان للصبي مال كما في القهستاني، وما ذكره محمد من أنَّ الدهن والريحان على الظئر، فبناء على ما هو عرف الكوفة، ثم فرعه بقوله: (**فإن أرضعته**) أي أرضعت الظئر الصبي بمعنى أوجرته فقولهم: فإنْ أرضعته يكون من قبيل المشاكلة (**في المدة**) أي في مدة الرضاع (**بلبن شاة**) في فمه (**أو غذته**) من التغذية (**بطعام**) ومضت المدة (**فلا أجر لها**) لأنها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الإرضاع، وهذا إيجار، وليس بإرضاع، وهو غير ما وقع عليه عقد الإجارة.

ولهذا لو أوْجر الصبي بلبن الظئر في المدة، لم تستحق الأجرة، فعلم بهذا أنَّ المعقود عليه هو الإرضاع والعمل دون العين وهو اللبن كما في العناية.

. . . .

وقيل: لا لأنَّه كالمشاع. (**قلت**): لكن نص محمد أنَّ من استأجر أرضاً فبنى فيها بناء، ثم آجرها من صاحبها استوجب من الآجر حصة البناء، فلولا جواز إجارة البناء لما استحق الأجر، وقاسه على الفسطاط، وبه أفتى مشائخنا.

ولو كان البناء ملكاً، والعرصة وقف، وآجر المتولى بإذن مالك البناء، والعرصة، فالأجير ينقسم على البناء والعرصة، وجاز إجارة بنائه لمالك الأرض اتفاقاً.

وكذا لغيره على المفتي به وتمامه في العمادية وأقره الباقاني آخر الإجارة وسنشير إليه فتنبه (**ويجوز استئجار الظئر**) أي المرضعة ولو كافرة أو فاجرة، لكن نهى عنه ارضاع الحمقاء، فإنَّ الرضاع يغير الطباع (**بأجر معلوم**) للعرف (**وكذا بطعامها وكسوتها**) ولها الوسط استحساناً، (**خلافاً لهما**) للجهالة (**وعليها غسل الصبي وغسل ثيابه**) من النجاسة لا الدرن (**وإصلاح طعامه ودَهنه**) بفتح الدال،

المستأجر وله فسخها إنْ لم تكن برضاه إنْ نكاحه ظاهراً لا إنْ أقرت به ولأهل الطفل

وفي المحيط لو استأجر شاة لترضع جدياً أو صبياً، لا يجوز لأنَّ اللبن البهائم قيمة فوقعت الإجارة عليه، وهو مجهول فلا يجوز، وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الإجارة عليه وإنما تقع على فعل الإرضاع والتربية والحضانة.

وفي القهستاني فإنْ جحدته الظئر فالاعتبار ليمينها ولبينتهم، وإنْ أقام كل بينة فبينتها، وهذا إذا شهدوا أنه أرضعته بلبن شاة، وما أرضعته بلبن نفسها، فلو اكتفى بالنفي لم تقبل لأنها شهادة على النفي بخلاف الأول، فإن النفي فيها دخل في ضمن الإثبات كما في المحيط.

وفي الغرر بخلاف ما إذا دفعته إلى خادمتها حتى أرضعته حيث تستحق الأجر **(ولزوجها)** أي لزوج الظئر **(وطؤها)** إذا أراد لأنه حقه فلا يتمكن المستأجر من إبطاله **(لا)** وطؤها **(في بيت المستأجر)** إذا منع المستأجر عن الوطء فيه لأنه ملكه فيمنعه، فإن لم يمنع بل أذن فيه جاز **(وله)** أي لزوج الظئر **(فسخها)** أي الإجارة **(إنْ لم تكن)** الإجارة **(برضاه)** سواء كان تشينه إجارتها بأن كان وجيهاً بين الناس أو لم تشنه في الأصح، لكن ليس على الإطلاق بل **(إنْ)** كان **(نكاحه)** أي نكاح الزوج **(ظاهراً)** بين الناس أو يكون عليه شهود صيانة لحقه **(لا)** أي ليس له أنْ يفسخ الإجارة **(إنْ أقرت)** المرأة **(به)** أي بالنكاح. لأنَّ الإقرار حجة قاصرة غير مقبولة في إبطال حق الغير وهو المستأجر **(ولأهل الطفل فسخها)** أي الإجارة **(إن مرضت)** الظئر **(أو حبلت)** لأنَّ الحبلى والمريضة تضر بالصغير.

وكذا تفسخ المرضعة إذا مرضت أو حبلت إنْ خيف عليها.

وكذا تفسخ إذا تقيأ لبنها، أو كان سارقة، أو فاجرة ثابتاً فجورها، بخلاف ما إذا كانت كافرة كما في شرح الكنز وغيره.

. . . .

ويجوز الضم على نحو «علفتها تبنا وماء بارداً» والمعنى عليها استعمال الدهن **(لا ثمن شيء منها)** وهذا في عرفنا دون عرف الكوفة **(بل هو وأجرها على من نفقته عليه)**، ولا تبطل الإجارة بموت الأب.

وقيل: تبطل لو للصبي مال **(فإن أرضعته في المدة بلبن شاة أو غذته بطعام فلا أجر لها)** لأنَّه إيجار لا إرضاع ولو جحدته فالاعتبار ليمينها ولبينتهم، ولو برهنا فلبينتها، وهذا لو شهدوا أنها أرضعته بلبن شاة.

وأما أرضعته بلبن نفسها فلو اكتفى بالنفي لم تقبل على النفي بخلاف الأولى لدخول النفي في ضمن الإثبات، ذكره القهستاني وغيره **(ولزوجها وطؤها لا في بيت المستأجر وله فسخها إن لم تكن)** أي الإجارة **(برضاه إن)** كان **(نكاحه ظاهراً)** وعليه شهود **(لا)** فسخه **(إن أقرت ولأهل الطفل فسخها إن مرضت أو حبلت)**، لأنه عذر، وللأب إجارة ابنه، وكذا للأم لو في عيالها، وإلاَّ فكذلك عند أبي

فسخها إن مرضت أو حبلت وفسد استئجار حائك لينسج له غزلاً بنصفه أو حماراً ليحمل عليه طعاماً بقفيز منه أو ثور ليطحن له براً بقفيز من دقيقه، ويجب أجر المثل في الكل لا يجاوز المسمي وإن استأجر ليخبز له اليوم قفيزاً بدرهم فسد خلافاً لهما ولو قال

وما في القهستاني من أنه صح استئجار الظئر الكافرة والفاجرة، لكن نهى عن إرضاع الحمقاء نوع مخالفة إلا أنْ يراد بالفاجرة غير ثابت فجورها، أو يراد صحة الاستئجار فقط.

وكذا تفسخ إذا كان الصبي لا يأخذ ثديها، ولها أيضاً فسخها إذا كانت تتأذى منهم.

وكذا إذا لم تجر عادة بإرضاع ولد غيرها، ولا تفسخ بموت أب الصبي لأن الإجارة واقعة للصبي لا للأب سواء كان له مال، أو لم يكن، بخلاف موت الصبي أو الظئر فإنها انتقضت.

ولو سافرت هي وأهل الصبي تفسخ الإجارة (**وفسد استئجار حائك لينسج له غزلاً بنصفه**) أي بنصف الغزل أو ثلثه (**أو**) استئجار (**حماراً ليحمل عليه طعاماً**) إلى بيته (**بقفيز منه**) أي من الطعام بأن جعل القفيز أجرته (**أو**) استئجار (**ثور**) ليطحن له براً **بقفيز من دقيقه**) أي دقيق ذلك البر.

أما فساد الأولى والثانية فلأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله، فصار في معنى قفيز الطحان.

وقد نهى عنه رسول الله ﷺ والمعنى فيه أنَّ المستأجر عاجز عن تسليم الأجر لأنه بعض ما يخرج من عمل الأجير، والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد، وهو لا يقدر بنفسه، وإنما يقدر بغيره، فلا يعد قادراً ففسد.

قال أبو المكارم: قال قاضيخان: يجوز النسج بالثلث أو الربع وبه أخذ الفقيه أبو الليث، والإمام الحلواني، والإمام أبو علي النسفي، (**ويجب أجر المثل في الكل لا يجاوز المسمي**) لأنَّ الإجارة لما فسدت وجب الأقل من المسمى، ومن أجر المثل لرضاه بخط الزيادة، بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الأجر، لأنَّ الأجير فيه ملك

. . . .

يوسف خلافاً لمحمد، إلا لابن أمه، والزوج زوجته للخدمة، وتمامه في شرح المجمع (**وفسد استئجار حائك لينسج له غزلاً بنصفه أو حمار ليحمل عليه طعامه بقفيز منه، أو ثور ليطحن له براً بقفيز من دقيقه**) هذا يسمى قفيز الطحان، وقد نهى عنه والأوليان بمعناه لاستئجاره ببعض عمله حتى لو أطلق ولم يضفه أو أفرزه له أو لا جاز بالإجماع وهو الحيلة.

وما استشكله في التبيين أجاب عنه في المنح، وضعف ما زعمه مشائخ بلخ (**ويجب أجر المثل في الكل لا يجاوز المسمى وإنْ استأره ليخبز له اليوم قفيزاً بدرهم فسد**) لجمعه بين العمل والوقت، فيؤدي للمنازعة (**خلافاً لهما ولو قال في اليوم صح اتفاقاً**) لأنَّ في للظرف لا للتقدير، بخلاف اليوم

في اليوم صح اتفاقاً وإنْ استأجر أرضاً على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح

النصف في الحال بالتعجيل فصار حملاً طعاماً مشتركاً بينهما، وبحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر إذ ما من جزء يحمله إلاّ وهو عامل لنفسه، فلا يتحقق تسليم المعقود عليه، وفي المنح إشكالٌ وجواب إنْ شئت فارجع، وفي الهداية بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب، حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد، لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط، وعند أبي يوسف لا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك لأنه رضي بنصف المسمى حيث اشترك هذا إذا احتطب أحدهما وجمع الآخر.

وأما إذا احتطبا جميعاً فهما شريكان على السواء كما في النهاية والعناية، وفي التنوير إذا استأجره ليصيد له أو يحتطب، فإنْ وقت جاز وإلا لا، إلاّ إذا عين الحطب وهو ملكه **(وإنْ استأجره ليخبز له اليوم قفيزاً بدرهم فسد)** العقد عند الإمام لأنَّ المعقود عليه مجهول.

ذكره فيه أمرين يحتمل كل منهما أن يكون معقوداً عليه العمل والوقت، فالعمل ينفع المستأجر لأنه لا يعطي الأجر إلى المؤجر إلاّ بعد تمام العمل، والوقت ينفع الأجير لأنَّه يستحق الأجر بمضي المدة سواء عمل أو لم يعمل، ولا رجحان في أحدهما فيؤدي إلى النزاع، ولو كان المعقود عليه كليهما يلزم أنْ يعمل مستغرقاً لهذا اليوم فذلك مما لا يقدر عليه أحد عادة **(خلافاً لهما)**.

أي قالا: هذه جائزة ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر كاملاً، وإنْ لم يفرغه في اليوم وعليه أن يعمل في الغد لأن المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل **(ولو قال في اليوم)** أي بكلمة في **(صح اتفاقاً)** لأنَّ كلمة في للظرف لا لتقدير المدة، فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل وهو المعلوم بخلاف ما إذا حذفت في فإنه يقتضي الاستغراق، ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم يجوز بالإجماع، **(وإنْ استأجر أرضاً على أن يكر بها)** من كرب الأرض إذا أصلحها بالمحراث من باب نصر **(ويزرعها أو)** استأجرها على أن **(يسقيها ويزرعها صح)** الاستئجار لكونه شرطاً يقتضيه العقد، لأنَّ الزراعة لا تتأتى إلا بالكراب والسقي، (و) إنْ استأجرها **(على أن يثنيها)** إن كان المراد بالتثنية أن يرد الأرض مكروبة، تفسد الإجارة لبقاء نفع الكراب بعد انقضاء المدة.

. . . .

بالنصب حتى لو عين العمل، أو وسط الأجرة بينهما صح اتفاقاً **(وإنْ استأجر أرضاً على أن يكربها)** أي يحرثها **(ويزرعها أو يسقيها أو يزرعها صح)** لأنه شرط يقضيه العقد **(وعلى أن يثنيها)** أي يعيد الحرث **(أو يكري نهرها)** الكبير **(أو يسرقنها)** بالزبل **(لا يصح)** لبقاء أثرها للمالك حتى لو لم يبق صح **(وكذا)** لا يصح **(الاستئجار للزراعة بزراعة وللركوب بركوب، وللسكنى بسكنى، وللبس بلبس، والأصل أنْ بيع الشيء بجنسه نسيئة حرام، فأجارة المنفعة بالمنفعة إنما تجوز إذا اختلفا لا إذا اتحدا، فيجب أجر**

وعلى أن يثنيها أو يكري نهرها أو يسرقنها لا يصح. وكذا الاستئجار للزراعة بزراعة وللركوب بركوب وللسكنى بسكنى وللبس وإن استأجر شريكه أو حماره لحمل طعام هو لهما لا يلزم الأجر كراهن استأجر الرهن من المرتهن وإن استأجر أرضاً ولم يذكر أنَّه

وهذا شرط لا يقتضيه العقد، وسبب الفساد بقاء النفع لرب الأرض، فتوجد صفقتان في صفقة، وهي منهي عنها.

وإن كان المراد كرب الأرض مرتين، وكانت الأرض تخرج الزرع بكربها مرة والمدة سنة واحدة، تفسد الإجارة أيضاً لما مر، وإنْ كانت تخرجه بكربها مرتين لا تفسد لعدم بقاء أثر التثنية.

وكذا لا تفسد إنْ كانت المدة في هذه الصورة سنتين أو أكثر لعدم منفعة التثنية **(أو)** استأجرها على أن **(يكري نهرها)** أي يحفر أنهارها العظام تفسد الإجارة لبقاء منفعته في العام القابل بخلاف الجداول كما في التبيين **(أو)** على أن **(يسرقنها)** أي يجعل السرقين عليها وهو الزبل وهو معرب ويقال له السرجين، تفسد الإجارة لبقاء الأثر بعد الانقضاء إلاّ إذا كان الريع لا يخرج إلا بالسرقنة، أو كانت المدة طويلة **(لا يصح)** الاستئجار في الكل لما قررناه آنفاً.

(وكذا) لا يصح **(الاستئجار للزراعة)** أي لزراعة الأرض **(بزراعة)** أرض أخرى بأن جعلت زراعة الأرض الأخرى أجرة بها **(وللركوب)** أي لا يصح استئجار دابة ليركبها **(بركوب)** دابة أخرى ليركبها الآخر بمقابلتها **(وللسكنى)** أي لا يصح استئجار دار ليسكنها **(بسكنى)** دار أخرى ليسكنها الآخر بمقابلتها **(وللبس)** أي لا يصح استئجار ثوب ليلبسه **(بلبسي)** ثوب آخر ليلبسه الآخر بمقابلته، ويكون من قبيل بيع الشيء بجنسه نسيئة، وذا لا يجوز خلافاً للأئمة الثلاثة، وفي الدرر كلام إن شئت فليطالع، ثم استوفى أحدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فله أجر المثل في ظاهر الرواية.

وذكر الكرخي عن أبي يوسف أن هلا شيء عليه **(وإن استأجر شريكه أو حماره)** أي حمار شريكه **(لحمل طعام هو)** أي الطعام **(لهما لا يلزم الأجر)** الذي سماه ولا أجر المثل لأنَّه لا يعمل شيئاً لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الآخر.

وعند الأئمة الثلاثة تجوز هذه الإجارة ويجب المسمي لأنه أوفى المشروط عنه **(كراهن استأجر الرهن من المرتهن)** أي كما لا يجوز للراهن استئجار الراهن من المرتهن لأنَّ الرهن ملك الراهن، والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره منه.

وفي المنح لو استأجر حماماً فدخل الآجرُ مع بعض أصدقائه الحمام، فإنه لا تجب

. . . .

المثل باستيفائها على الظاهر، وان استأجر شريكه أو حماره لحمل طعام هو لهما لا يلزم الأجر) أصلاً لأنَّه عامل لنفسه (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) لم يجز لنفعه بملكه (وإنْ استأجر أرضاً ولم يذكر

يزرعها أو لم يبين ما يزرعها لا يصح إن لم يعمم. فإن زرعها ومضى الأجل عاد صحيحاً وله المسمى وإن استأجر حماراً إلى مكة ولم يذكر ما يحمل عليه فحمل المعتاد فنفق لا

الأجرة لأنَّه يسترد بعض المعقود عليه وهو منفعة الحمام في المدة ولا يسقط شيء من الأجرة لأنه ليس بمعلوم **(وإن استأجر)** رجل **(أرضاً ولم يذكر أنَّه يزرعها أو لم يبين ما يزرعها لا يصح)** العقد لأنَّ استئجار الأرض غير مختص للزراعة.

وكذا ما يزرع فيها مختلف، فبعضه أقلَّ ضرراً بها من بعض فلا بدَّ من التسمية عند العقد، وإلا لا يعلم المعقود عليه فيفضي إلى الفساد هذا **(إن لم يعمم)** المؤجر.

أما إن عمم بأن يقول على أن تزرع ما شئت فحينئذ يصح لوجود الأذن منه **(فإن زرعها)** بلا ذكر الزراعة، أو ما يزرع فيها **(ومضى الأجل عاد)** العقد **(صحيحاً وله)** أي للمؤجر **(المسمي)** من الأجرة استحساناً لارتفاع الجهالة، وانقطاع المنازعة فينقلب جائزاً كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مجيئه.

وفي القياس لا يعود، وهو قول زفر لأنه وقع فاسداً، فلا ينقلب جائزاً، فيلزم أجر المثل، كما في أكثر الكتب، وما في المنح من أنَّه عند محمد لا يعود صحيحاً، وهو القياس مخالف لأكثر الكتب تدبر.

(وإن استأجر حماراً إلى مكة ولم يذكر ما يحمل عليه فحمل المعتاد) أي ما يحمل الناس على مثله **(فنفق)** أي هلك في الطريق **(لا يضمن)** المستأجر، لأنَّ العين المستأجر أمانة في يد المستأجر وإنْ كانت الإجارة فاسدة، هذا إذا لم يتعد، فإذا تعدَّى ضمن ولا أجر عليه **(وإنْ بلغ)** الحمار مع الحمل **(مكة)** شرفها الله تعالى **(فله)** أي للمؤجر **(المسمي)** من الأجرة عند العقد استحساناً، لأنَّ الفساد كان للجهالة، فإذا حمل عليه شيئاً يحمل على مثله تعين ذلك، فانقلب صحيحاً.

وفي البزازية تكاري دابة إلى فارس فالإجارة فاسدة، لأنَّ فارس وخراسان وخوارزم والشام وفرغانة وسغد وما وراء النهر وهند والخطاي والدشت والروم واليمن اسم للولاية، وبخارى وسمرقند وبلخ وجرجانية وهراة واوزجند اسم البلدة، وجعل شمس الأئمة بخارى

....

أنه يزرعها، أو لم يبين ما يزرعها لا يصح أن يعمم) بقوله: ازرع ما شئت بخلاف الدار لوقوعه على السكن كما مر.

(فإن زرعها ومضى الأجل) قيد اتفاقي **(عاد صحيحاً وله المسمى)** استحساناً لارتفاع الجهالة قبل تمام العقد **(وإن استأجر حماراً إلى مكة ولم يذكر ما يحمل عليه فحمل المعتاد فنفق)** أي هلك **(لا يضمن)** لأنَّه أمانة وإنْ فسدت كما مر **(وإن بلغ مكة فله المسمى)** استحساناً لما ذكرنا **(وإنْ اختصما قبل**

يضمن وإنْ بلغ مكة فله المسمي وإن اختصما قبل الزرع والحمل ونقضت الإجارة للفساد.

فصل

الأجير المشترك من يعمل لغير واحد ولا يستحق الأجر حتى يعمل كالصباغ والقصار والمتاع في يده أمانة لا يضمن إن هلك وإن شرط ضمانه به يفتي وعندهما

اسم الولاية ففي كلّ موضع اسم الولاية إذا بلغ الأدنى له أجر المثل لا يتجاوز عن المسمى، وفي كل موضع هو اسم البلد إذا وصل البلد يلزم البلاغ إلى منزله **(وإن اختصما)** أي المؤجر والمستأجر **(قبل الزرع)** في مسألة استئجار الأرض بلا ذكر الزرع **(و)** قبل **(الحمل)** في مسألة استئجار الحمار **(نقضت الإجارة للفساد)** لبقائه قبل ارتفاع الجهالة بالتعيين بالزرع في المسألة السابقة، وبالحمل في هذا فلو اختصما بعد الزرع أو الحمل، لا يقضي بنقض العقد، لعدم الإمكان بل يبقى على ما كان، فلا يندفع الفساد في المسألة السابقة إلاّ بمضي الأجل، أو بالبلوغ في المسألة الثانية.

ولو استأجر دابةً ثم جحد الإجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار، ولا يجب لما بعده هذا عند أبي يوسف، وعند محمد يجب الأجر كله، وفي التنوير إجارة المنفعة بالمنفعة تجوز إذا اختلفا وإذا اتحدا لا.

فصل

لما فرغ من بيان أنواع الإجارة، شرع في بيان أحكامه بعد الإجارة، وهي الضمان والأجير نوعان: مشترك وخاص، والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري **(الأجير المشترك من يعمل لغير واحد)** معناه أن لا يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل، ولا

. . . .

الزرع والحمل) لف ونشر **(نقضت الإجارة)** دفعاً **(للفساد)** لقيامه بعد. **(فروع)**: استأجر دابة ثم جحد الإجارة في بعض الطريق لزم أجر ما ركب قبل الإنكار لا بعده، قصر الثوب المجحود، فإن قبله فله الأجر وإلاّ لا.

وكذا صبّاغ ونسّاج استأجر امرأته لتخبز له خبزاً للأكل لم يجز، وللبيع جاز أجرت دارها لزوجها فسكناها فلا أجر والمختار الصحة استأجر ليصيد له أو يحتطب إنْ وقت جاز وإلاّ لا إلاّ إذا عين الحطب وهو ملكه كما في التنوير، وشرحنا عليه.

فصل

في الأجير المشترك وغيره **(الأجير المشترك)** هو **(من يعمل لغير واحد)** أو له عملاً غير مؤقت أو مؤقتاً بلا تخصيص (و) صفته أنَّه **(لا يستحق الأجر حتى يعمل كالصبّاغ والقصّار)** والقتال والدلال، والجزار، والحمامي، والراعي، ونحوهم من المخترفين (و) حكمه أنه أمين و **(المتاع في يده أمانة لا**

. . . .

يشتريان لا يكون عاملاً لغير واحد، بل إذا عمل لواحد أيضاً فقط، فهو مشترك إذا كان لا يمتنع، ولا يتعذر عليه أنْ يعمل لغيره.

وفي الغرر الأجير المشترك من يعمل لا لواحد، أو يعمل له غير مؤقت أو مؤقتاً بلا تخصيص، وفي القدوري الأجير المشترك من لا يستحق الأجر حتى يعمل، والأجير الخاص هو الذي يستحق الأجر ب تسليم نفسه في المدة، وإنْ لم يعمل، وفي التبيين هذا يؤول إلى الدور، لأن هذا حكم لا يعرفه إلاّ من يعرف الأجير المشترك والخاص.

وأجاب صاحب العناية بأنه قد علم مما سبق في باب الأجر متى يستحق أنَّ بعض الإجراء يستحق الأجرة بالعمل، فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف، وقيل قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد، والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين.

وإذا انضمَّ إلى ذلك قوله كالصباغ، والقصار، جاز أن يكون تعريفاً بالمثال وهو الصحيح، لكن قوله لأنَّ المعقود ينافي ذلك، لأنَّ التعليل على لتعريف غير صحيح، وفي كونه مفرداً لا يصح التعريف به وفيه نظر، والحق أنْ يقال أنَّه من التعريفات اللفظية، وتمامه فيه فليطالع.

قال الزيلعي: والأوجه أنْ يقال الأجير المشترك: من يكون عقده وارداً على عمل معلوم ببيان محله ليسلم عن النقض، والأجير الخاص الذي يكون عقده وارداً على منافعه، ولا تصير معلومة إلاّ بذكر المدة، أو بذكر المسافة وتمامه فيه فليراجع.

(ولا يستحق) الأجير المشترك (الأجر حتى يعمل كالصباغ والقصار) ونحوهما لأنَّ الإجارة عقد معاوضة، فتقتضي المساواة بين العوضين، فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر وهو العمل لا يسلم للأجير العوض وهو الأجر (والمتاع في يده) أي في يد الأجير (أمانة لا يضمن إن هلك) المتاع من غير فعله عند الإمام، وهو قول زفر وحسن بن زياد قياساً سواء هلك

. . . .

يضمن إن هلك) المال بلا صنعه، سواء أمكن التحرز عنه، أو لا عند أبي حنيفة، والحسن، وزفر، وهو القياس.

(وإنَّ) وصلية (شرط ضمانه) كالمودع، لأنَّ شرط الضمان في الأمانة باطل كما مر وقوله (به يفتي) رد لما قيل أنه إنْ شرط ضمانه ضمن إجماعاً، وإنْ مشى عليه في الاشباه فإنه خلاف المذهب، (وعندهما يضمن إن) هلك بشيء (أمكن التحرز منه كالغصب والسرقة بخلاف ما لا يمكن) التحرز منه (كالموت والحريق الغائب) والغارة الغالبة (والعدو المكابر)، قال الزيلعي وغيره، وبقولهما يفتي اليوم صيانة للأحوال انتهى.

إلاّ أنَّ المتأخرين افتوا بالصلح على نصف القيمة، قال الزاهدي: على هذا أدركت مشائخنا

يضمن إن أمكن التحرز منه كالغصب والسرقة بخلاف ما لا يمكن كالموت والحريق الغالب والعدو المكابر ويضمن ما تلف بعمله اتفاقاً كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري وغرق السفينة من مدها. لكن لا يضمن به الآدمي

بأمر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب، أو لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والعدو المكابر، لأنَّ العين أمانة في يده لحصول القبض بإذنه، فلا يكون الحفظ مقصوداً بالذات، ولذا لا يقابله الأجر، لأن الأجر في الإجارة بمقابلة العمل، أو الوصف بخلاف المودع بأجر، لأنَّ حفظه مقصود حتى يقابله الأجر (**وإن**) وصلية (**شرط**) عليه (**ضمانه**) لأنه شرط لا يقتضيه العقد (**به**) أي بعدم الضمان (**يفتي**) وفي الخانية والفتوى على قول الإمام، وفي المنح وقد جعل الفتوى عليه في كثير من المعتبرات، وبه جزم أصحاب المتون وكان هو المذهب (**وعندهما**) وعند مالك والشافعي في قول (**يضمن إنْ أمكن التحرز منه**) أي من الهلاك (**كالغصب والسرقة بخلاف ما لا يمكن**) التحرز عنه (**كالموت**) حتف أنفه (**والحريق الغالب والعدو المكابر**) لكونه سبباً لصيانة أموال الناس وأفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة لاختلاف الصحابة والأئمة، وعلى هذا حكم الولاة والقضاة عملاً بالقولين، وفي شرح المجمع نقلاً عن المحيط الخلاف فيما إذا كانت الإجارة صحيحة، وإنْ فاسدة لا يضمن اتفاقاً (**ويضمن ما**) أي الذي (**تلف بعمله**) أي بعمل الأجير المشترك (**اتفاقاً كتخريق الثوب من دقه**) أي دق القصار (**وزلق الحمال**) إذا لم يكن من مزاحمة الناس كما في الإصلاح، فإن التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبيت في المشي (**وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري**) الحمل فإن التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق في شد الحبل (**وغرق السفينة من مدها**) وفيه إشارة إلى أن السفينة لو غرقت من موج أو ريح أو نحوهما، لم يضمن كما في القهستاني.

. . . .

بخوارزم وأقره القهستاني، وقيل: إنَّ الأجير مصلحاً لا يضمن وإن بخلافه يضمن، وإن مستور الحال يؤمر بالصلح كما في العمادية. (**قلت**): وهل يجبر عليه حرر في تنوير الأبصار؟ نعم كمن تمت مدته في وسط البحر، أو البرية تبقى الإجارة بالجبر، أي فيجري الجبر بقاء لا ابتداء، ثم هذا كله لو الإجارة صحيحة، فلو فاسدة لا يضمن إجماعاً كما في شرح المجمع (**ويضم**) المشترك (**ما تلف**) بكله من حيوان وغيره (**بعمله**) عملاً غير مأذون فيه، (**اتفاقاً**) بين الإمام وصاحبيه.

وقال زفر: لا ضمان (**كتخريق الثوب من دقه**) أي الغير المعتاد كما اعتمده القهستاني تبعاً لصدر الشريعة، لكن في المنح عن العمادية ما يخالفه، وعليه الدرر فتدبر.

(**وزلق الحمال**) أي إذا لم يكن من زحمة الناس، فلو منها لم يضمن خلافاً لهما كما في شرح المجمع، قال: وكذا يضمن لو ساق المكاري دابته فعثرت فسقطت الحمولة (**وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري و**) كذا (**غرق السفينة من مدها**) لأنَّ ذلك من جناية يده، فيضمن، فلو غرقت من موج، أو

ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة ولا يضمن فصاد ولا نزاغ لم يتجاوز المعتاد،

وقال زفر والشافعي: لا يضمن لأنَّه مأمور بالعمل مطلقاً وإنه ينتظم السليم والمعيب، ولنا أنَّ المقصود هو المصلح دون المفسد، فكان هو المأذون فيه دون غيره، وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة ينبغي أن يكون المراد بقوله ما تلف بعمله عملاً جاوز فيه القدر المعتاد على ما يأتي في الحجام، أو عملاً لا يعتاد فيه المقدار المعلوم، لكن ما في المنح نقلاً عن العمادية مخالف، لأنَّه قال: وإن هلك بفعله بأن تخرق بدقه، أو عصره يضمن عندنا بخلاف البزاغ والحجام، فإنَّ البزاغ ونحوه لا يضمن ما هلك بفعله إذا لم يجاوز المعتاد، ومعناه أن الأجير المشترك يضمن ما هلك بفعله جاوز المعتاد أو لا تدبر (**لكن لا يضمن به**) أي بغرق السفينة (**الآدمي**) من مدها (**ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة**) وإنْ كن بسوقه أو قوده لأن ضمان الآدمي لا يجب بالعقد بل بالجناية، وما يجب بها يجب على العاقلة، والعاقلة لا يتحمل ضمان القود، وهذا ليس بجناية لكونه مأذوناً فيه.

قيل: هذا الكلام إذا كان ممن يستمسك على الدابة، ويركب وحده، وإلاَّ فهو كالمتاع، والصحيح أنَّه لا فرق فيه (**ولا يضمن فصاد ولا نزاع لم يتجاوز المعتاد**) فإنَّه لا يجب الضمان إذا سرى إلى النفس لأنَّه ليس بالوسع لعدم العلم بحصول الموت، إلاَّ أنْ يتجاوز الموضع لأنَّ ذلك غير مأذون فيه، فيضمن الزائد هذا كله إذا لم يهلك، وإن هلك يضمن نصف الدية، حتى أن الختان لو قطع الحشفة وبرىء المقطوع، تجب عليه الدية كاملة لأنَّ الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل، فتجب عليه الدية كاملة، وإنْ مات وجب عليه نصف الدية، لأنَّ النفس تلف بمأذون فيه، وغير مأذون فيه، فيضمن نصف الدية وهو من أغرب المسائل، حيث يجب الأكثر بالبراء والأقل بالهلاك وتفصيله في المنح فليطالع.

سئل صاحب المحيط عن فصاد جاء إلى الغلام وقال: افصد لي ففصده فصداً معتاداً، فمات من ذلك السبب قال: يضمن الفصاد قيمة العبد، ويكون على عاقلة الفصاد لأنَّه خطأ.

وكذلك الصبي تجب ديته على عاقلة الفصاد وسئل عن رجل فصد نائماً، وتركه حتى

....

ريح أو صدم جبل أو نحوه لم يضمن، كما لو كان رب المتاع أو وكيله أو عبده في السفينة، أو راكباً على الدابة، والمكاري يسوقها فعثرت لم يضمن إجماعاً، لأنَّ المتاع في يد صاحبه حقيقة أو حكماً، إلاَّ أن يفعل فعلاً يعتمد الفساد كما يعلم من الشرنبلالية وشرح المجمع وغيرهما، (**لكن لا يضمن**) الأجير (**به الآدمي ممن غرق في السفينة وسقط من الدابة**) مطلقاً ولو بسوقه أو قوده، لأنَّ الآدمي لا يضمن بالعقد، بل بالجناية ولا جناية لاذنة فيه (**ولا يضمن فصاد ولا بزاغ**) أي بيطار (**لم يتجاوز**) الموضع (**المعتاد**) لعدم العلم بحصول الموت منه.

فإن جاوزه ضمن الزائد كله إذا لم يهلك، فإن هلك ضمن نصف دية النفس لتلفها بمأذون فيه،

ولو انكسردن من طريق الفرات فللمالك أن يضمنه قيمته في مكان حمله ولا أجر له أو في مكان كسره وله الأجر بحسابه والأجير الخاص من يعمل لواحد ويسمي أجير وحد

مات في سيلان الدم قال: يجب عليه القصاص كما في الفصول العمادية **(ولو انكسردن من طريق الفرات)** ذكر الفرات للشهرة بالوفرة والزيادة بلا فائدة **(فللمالك أن يضمنه)** أي الحمال **(قيمته)** أي قيمة الدن التي تقوم **(في مكان حمله ولا أجر له أو)** ضمن قيمته **(في مكان كسره وله)** أي الحمال **(الأجر بحسابه)** أما الضمان فلأن السقوط بالعثار، أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه، وأما الخيار فلأنَّه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد، تبين أنَّه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه، وله وجه آخر وهو إن ابتداء الحمل حصل بإذنه، فلم يكن تعدياً، وإنما صار تعدياً عند الكسر، فيميل إلى أي الوجهين شاء.

وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى، وفي الوجه الأول لا أجر له لأنَّه ما استوفى أصلاً كما في الهداية **(و)** ثاني النوعين **(الأجير الخاص)** وهو **(من يعمل لواحد)** قيد صاحب الدرر بقوله عملاً مؤقتاً بالتخصيص وقال فوائد القيود عزفت مما سبق **(ويسمي أجير وحد)** أيضاً **(ويستحق)** الأجير الخاص **(الأجر بتسليم نفسه)** أي الأجر **(مدته)** أي العقد سواء عمل،

. . . .

وغير مأذون فيه، فيتنصف حتى لو قطع الختان الخشفة، وبريء المقطوع تجب عليه دية كاملة، وإنْ مات فالواجب عليه نصفها، لحضور تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة، والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة، فيتنصف الضمان لاتحاد الجنس بخلاف حز الرقبة مع قطع اليد لأنه مختلف فيفترقان. (قلت): وهذه من أغرب المسائل وأندرها حيث يجب الأكثر بالبرء، والأقل بالهلاك وقد نظمه في معاياة الوهبانية فقال: «ومن ذا الذي إن مات مجنيه فما» عليه إذا ما مات بالموت يشطر، يشكل ما في العمادية ولو قصد عبداً أو غلاماً طلب الفصد منه فمات بسببه، كان قيمة العبد، ودية الغلام على عاقله الفصاد، ذكره القهستاني إلاَّ أن يفرق بما قدمناه فتأمل (و) اعلم أنَّه **(لو انكسر دن في طريق الفرات)** مثلاً **(فللمالك)** الخيار بين **(أن يضمنه)** قيمته في مكان حمله ولا أجر له، أو في مكان كسره وله الأجر بحسابه). وهذا لو انكسر بصنعه، فلو للزحمة فلا ضمان كما قدمنا، كما لا ضمان على حارس سوق، وحافظ خان، ودلال دفع الثوب لمريد الشراء فضر بالثوب للأذن بهذا الدفع عادة، وتمامه في الظهيرية **(والأجير الخاص)** تعريفه **(من يعمل لواحد)** حقيقة أو حكماً كما يأتي عملاً مؤقتاً **(وسمى أجير وحد)** ووحد بالإضافة أي أجير المستأجر الواحد بالسكون، ويفتح يقال: رجل وَحَد بفتحتين أي منفرد كما في المغرب (و) صفته أنه **(يستحق الأجر بتسليم نفسه)** إلى مستأجر واحد أو أكثر ولذا أطلق، فلو استأجر رجلان أو ثلاثة رجلاً لرعي غنم لهما، أو لهم خاصة كان أجيراً خاصاً كما في القهستاني، عن المحيط **(مدته)** أي الاستئجار مع القدرة على العمل، وإنْ لم يعمل لكن لا يمتنع عينه فلو امتنع ولو حكما كمطر ومرض فلا أجر.

ويستحق الأجر بتسليم نفسه مدته كمن استؤجر للخدمة سنة أو لرعي الغنم، ولا يضمن ما تلف في يده أو بعمله وصح ترديد الأجير بين نفعين مختلفين وأيهما وجد لزم ما سمي

أو لم يعمل مع التمكن بالإجماع (**كمن استؤجر للخدمة**) الغير المعينة (**سنة أو لرعي الغنم**) لهذا المستأجر دون غيره، لأنَّ العقد ورد على منافعه، وذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة، وصار كما لو باع عبداً من رجل حيث لا يملك بيعه من آخر.

وفي شرح الوافي واعلم أنَّه إنَّ استأجره لرعي غنمه بدرهم شهراً فهو أجير مشترك، لا أنْ يقول ولا ترعى غنم غيري، فحينئذ يصير أجير ووحد، وإن استأجره لرعي غنمه شهراً بدرهم، فهو أجير وحد، إلا أن يقول: وترعى غنم غيري.

وفي الذخيرة ولو استأجره يوماً ليعمل في الصحراء، فمطرت السماء بعدما خرج الأجير إلى الصحراء إلا أجر له، لأن تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر، وبه كان يفتي المرغيناني كما في الشمني وفي المنح، وإنْ هلك في المدة نصف الغنم أو أكثر من النصف فله الأجرة كاملة ما دام يرعى منها شيئاً، لأنَّ المعقود عليه هو تسليم نفسه وقد وجد، وليس للراعي أنْ ينزو على شيء منها بغير إذن صاحبها لأن الانزاء حمل عليها فلا يجوز بغير إذن صاحبها، فإن فعل فعطبت ضمن وإن كان الفحل نزا عليها فعطبت فلا ضمان عليه لأنه بغير فعله كما في الجوهرة.

وفي العمادية ثم الراعي إذا كان أجير وحد فماتت من الأغنام واحدة حتى لا يضمن ولا ينقص من الأجر بحسابها لأنَّ الغنم لو ماتت كلها لا ينقص من الأجر شيء انتهى وهو مخالف لقول الجوهرة ما دام يرعى منها شيئاً كما لا يخفى (**ولا يضمن**) الأجير الخاص (**ما تلف في يده**) بأن يسرق منه أو غاب أو غصب (**أو بعمله**) لأنَّ العين أمانة في يده بالاتفاق لأنَّه لا يقبل الإعمال الكثيرة من الناس فلا يوجد العجز والتقصير في الحفظ بخلاف الأجير المشترك المأذون كانكسار القدوم أو تخرق الثوب عند العمل إذا لم يتعمد الفساد لأنَّه يتقبل الأعمال الكثيرة من الخلق طمعاً في الأجر فيعجز عن القيام فيجب عليه الضمان عندهما استحساناً لصيانة أموال الناس كما مر.

وفي المنح الراعي إذا خلط الغنم بعضها ببعض فإن كان يقدر على التمييز لا يضمن

. . . .

ثم فسره بقوله (**كمن استؤجر للخدمة سنة أو لرعي الغنم**) لهذا المستأجر لا غير بقرينة المقام، واللام في الموضعين فمن الظن أنه تمثيل قاصر (**و**) حكمه أنه (**لا يضمن**) بالإجماع (**ما تلف**) من غير صنعه (**في يده**) كما إذا سرق حلي صبي الظئر (**أو بعمله**) كما إذا مد السفينة وغيره مما مر في المشترك إلا إذا عمل عملاً لم يدخل في العقد كفقئه عين شاة بضربه فيضمن وله المسمى وإن هلك أكثرها أو كلها لتسليم نفسه (**وصح ترديد الأجير بين نفعين مختلفين وأيهما وجد لزم ما سمي له**) لوجوب الأجر

له نحو إنْ خطته فارسياً فبدرهم أو رومياً فبدرهمين، وإن صبغته بعصفر فبدرهم وبزعفران فبدرهمين وإن سكنت في هذه الدار فبدرهم في الشهر أو في هذه فبدرهمين

ويكون القول قوله في تعيين الدواب أنّها لفلان، وإن كان خلطاً لا يمكن التمييز يكون ضامناً قيمتها والقول في مقدار القيمة قول الراعي، وتعتبر قيمة الأغنام يوم الخلط فإن دفع غنم رجل إلى غير صاحبها فاستهلكها المدفوع إليه وأقرَّ الراعي بذلك ضمن الراعي، ولا ضمان على المدفوع إليه، ولا يقبل قول الراعي على المدفوع إليه إن كان الراعي أقرَّ وقت الدفع أنها للمدفوع إليه. ولو ندت بقرة من الباقورة فخاف البقار أنّه لو تبعها يضيع الباقي كما في سعة من أن لا يتبعها ولا ضمان عليه بالاتفاق إنْ كان الراعي خاصاً وإنْ مشتركاً.

فكذلك عند الإمام وعندهما يضمن وفي التنوير استأجر حماراً فضلَّ عن الطريق إنْ علم أنه لايجده بعد الطلب لا يضمن، وفي الجواهر بقار ترك البقور مع صبي لحفظهن فهلكت بقرة وقت السقي بآفة فإنْ كان للصبي قدرة الحفظ لم يضمن وإلاّ يضمن، ولو جاء البقار ليلاً وزعم أنّه ردّ البقرة وأدخلها القرية فطلبها صاحبها ولم يجدها ثم وجدها بعد أيام في قرى الجبانة قد عطبت.

قالوا إنْ كان العرف فيما بينهم أنَّ البقار يدخل البقول في القرية ولم يطلبوا منه أن يدخل كل بقرة في منزل صاحبها كان القول قول البقار مع يمينه أنه أدخل البقرة في القرية فلأن ضمان عليه **(وصح ترديد الأجير)** أي جعله متردداً **(بين نفعين مختلفين وأيهما وجد لزم ما سمي له نحو)** لو قال للخياط: **(إنْ خطته فارسياً فبدرهم أو رومياً فبدرهمين)** فأي عمل من هذين العملين عمل يستحق المسمي هذا عند الكل لأنّه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والآجر قد يجب بالعمل، وعند العمل يرتفع الجهل، وعند زفر والأئمة الثلاثة: لا يجوز لجهالة المعقود عليه للحال.

(و) كذا لو قال للصباغ **(إن صبغته بعصفر فبدرهم وبزعفران فبدرهمين)** هذا عند الكل لما مر.

(و) كذا لو قال للمستأجر **(إن سكنت في هذه الدار فبدرهم في الشهر أو)** إنْ سكنت **(في هذه)** الدار **(فبدرهمين و)** كذا لو قال: **(إن ركبتها إلى الكوفة فبدرهم أو)** إنْ ركبتها **(إلى واسط**

. . . .

بالعمل، **(نحو أن خطته فارسياً فبدرهم أو رومياً فبدرهمين)** أو بزيادة فبثلاثة فيجب أجر ما عمل **(و)** كذا الحكم في **(إن صبغته بعصفر فبدرهم أو بزعفران فبدرهمين)** أو بورس فبثلاثة.

(و) كذا **(إن سكنت في هذه الدار فبدرهم في الشهر أو هذه فبدرهمين)** أو هذه فبثلاثة.

(و) كذا **(إن ركبتها إلى الكوفة فبدرهم أو إلى واسط فبدرهمين)** وإلى الشام فبثلاثة، **(وكذا يصح لو ردد بين ثلاثة)** أشياء كما مثلنا **(لا بين أربعة)** كما في البيع.

وإن ركبتها إلى الكوفة فبدرهم أو إلى واسط فبدرهمين وكذا يصح لو ردّد بين ثلاثة لا بين أربعة ولو قال إنْ خطته اليوم فبدرهم أو غداً فنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم وإنْ خاطه غداً فله أجر المثل لا يجاوز نصف درهم وقالا الشرطان جائزان ولو قال إن

فبدرهمين) قيل: فيه احتمال الخلاف لأنَّ هذه المسألة ذكرت في الجامع الصغير مطلقاً فيحتمل أنْ يكون قول الكل أو قول الإمام خاصة (**وكذا يصح لو ردّد بين ثلاثة**) أشياء بأن قال: إنْ خطته فارسياً أو رومياً أو تركياً (**لا**) يصح (**بين أربعة**) أشياء كما في البيع والجامع دفع الحاجة غير أنَّه يشترط خيار التعيين في البيع دون الإجارة لأنَّ الأجرة إنما تجب بالعمل، وإذا وجد يصير المعقود عليه معلوماً بخلاف البيع فإنَّ الثمن يجب بنفس العقد والمبيع مجهول (**ولو قال**) للخياط (**إنْ خطته اليوم فبدرهم أو**) إنْ خطته (**غداً فنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم وإنْ خاطه غداً فله أجر المثل**) لكن (**لا يجاوز**) أي المثل (**نصف درهم**) لأنَّه هو المسمى في اليوم الثاني. قال القدوري: هي الصحيحة، وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هذا عند الإمام لأنَّ ذكر اليوم للتعجيل دون التوقيت ويدل عليه هنا نقص الأجر لو أخر الفعل إلى الغد فتبقى في اليوم الثاني تسميان: إحداهما درهم، والأخرى نصف، والتسميتان في عقد واحد مفسدة فوجب أجر المثل كما لو قال خطه اليوم بدرهم أو نصفه فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت إذ لو كان للتأقيت يفسد العقد أن لاجتماع الوقت والعمل فيصير أجيراً مشتركاً وأجيراً خاصاً وإنَّه لا يجوز.

وكذا لا يكون ذكر الغد للترفيه بل يكون للتعليق فيجوز في الأول دون الثاني على ما مرَّ وفي أكثر الكتب ولو خاطه بعد غد فالصحيح أنَّه لا يجاوز به نصف درهم عند الإمام.

وأما عندهما فالصحيح أنَّه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه (**وقالا الشرطان جائزان**) حتى إذا خاطه اليوم فله درهم وإذا خاطه غداً فله نصف درهم لأنَّ ذكر اليوم للتأقيت، وذكر الغد للتعليق فوجدت في كل واحدٍ من وقتين التسمية مقصودة فصارا عقدين كاختلاف النوعين كالرومية والفارسية.

. . . .

ويجب أجر ما عمل لتعينه به إلا في تخيير الزمان كما أفاده بقوله (**ولو قال: إن خطه اليوم فبدرهم أو غداً ف بنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم**) لصحة الشرط الأول اتفاقاً (**وإن خاطه غداً فله أجر المثل لا يجاوز**) المسمى أعني (**نصف درهم**) لفساد الشرط الثاني عنده (**وقالا الشرطان جائزان**) ولو خاطه بعد غد فأجر المثل لا يجاوز نصف درهم اتفاقاً وهذا إذا جمع بينهما.

وأما لو اقتصر على اليوم وخاط في الغد فأجر المثل عندهما، وأمَّا عنده فلقائل أن يقول بأجر المثل أو بلا أجر المثل كما في القهستاني عن المحيط (**ولو قال إن سكنت هذا الحانوت عطاراً فبدرهم أو حداداً فبدرهمين جاز**) عنده (**خلافاً لهما**) كما مر (**وكذا الخلاف لو قال إن ذهبت بهذه الدابة إلى**

سكنت هذا الحانوت عطاراً فبدرهم أو حداداً فبدرهمين جاز خلافاً لهما وكذا الخلاف لو قال إنْ ذهبت بهذه الدابة إلى الحيرة فبدرهم وإن جاوزتها إلى القادسية فبدرهمين، أو قال إنْ حملت عليها إلى الحيرة كر شعير فبدرهم وإنْ حملت كر بر فبدرهمين ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه ولو استأجر عبداً محجوراً فعمل وأخذ الأجر لا يسترده منه ولو آجر العبد المغصوب نفسه فأكل غاصبه أجره لا يضمنه خلافاً لهما، وما

وعند زفر: الشرطان فاسدان وهو قول الأئمة الثلاثة لأنَّ ذكر اليوم للتعجيل، وذكر الغد للترفيه والتوسيع، فيجتمع في كل يوم تسميتان (**ولو قال إن سكنت**) بالتشديد من باب التفعيل، ويجوز أن يكون سكنت بالتخفيف من الثلاثي فعلى هذا يكون قوله عطاراً أو حداداً حالاً ويكون المعنى إنْ سكنت هذا الحانوت حال كونك عطاراً، أو حال كونك حداداً (**هذا الحانوت عطاراً فبدرهم أو**) سكَّنت (**حداداً فبدرهمين جاز**) عند الإمام لأنَّه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين، والجهالة في العمل ترتفع عند المباشرة (**خلافاً لهما**) أي قالا: لا يجوز لأن المعقود عليه واحد والأجران مختلفان ولا يدري أيهما يجب فلا يجوز وبه قال زفر والأئمة الثلاثة (**وكذا الخلاف**) بين الإمام وصاحبيه (**لو قال إنْ ذهبت بهذه الدابة**) الباء للتعدية (**إلى الحيرة فبدرهم وإن جاوزتها**) أي الحيرة منتهياً (**إلى القادسية فبدرهمين، أو قال إنْ حملت عليها إلى الحيرة كر شعير فبدرهم وإنْ حملت كر بر فبدرهمين**) فالعقد جائز فيها عند الإمام لما مرَّ أنَّه خيَّر بين عقدين صحيحين مختلفين كما في مسألة الخياطة الرومية والفارسية وعندهما لا يجوز وبه قال زفر والأئمة الثلاثة لأنَّ المعقود عليه.

وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد (**ولا**) يجوز أنْ (**يسافر**) المستأجر (**بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه**) أي بلا اشتراط السفر لأنَّ في خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق وعليه عرف الناس فانصرف إلى الحضر بخلاف العبد الموصي بخدمة حيث لا يتقيد بالخضر لأنَّ مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه إلاّ إذا شرط ذلك أو كان وقت الإجارة متهيئاً للسفر وعرف بذلك فيجوز.

ولو سافر المستأجر بالعبد المتأخر ضمن قيمته لمالكه إذا هلك لأنه صار غاصباً ولا أجر عليه وإنْ سلم لأنَّ الأجر والضمان لا يجتمعان (**ولو استأجر عبداً محجوراً فعمل**) العبد (**وأخذ الأجر لا يسترده منه**) أي لا يسترد المستأجر ما دفعه إليه لعمله من العبد المحجور لأنَّ هذه

. . . .

الحيرة فبدرهم وإنْ جاوزتها إلى القادسية فبدرهمين أو قال: إن حملت عليها إلى الحيرة كر شعير فبدرهم وإنْ حملت كر بر فبدرهمين) خلافاً لهما (**ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة**) لمشقته (**بلا اشتراطه**) وقت العقد لأنَّ الشرط أم لك عليك أم لك.

وكذا لو عرف بالسفر لأنَّ المعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن لأنَّه غاصب ولا أجر عليه وإنْ سلم لأن الأجر والضمان لا يجتمعان خلافاً للشافعي (**ولو استأجر**) رجل (**عبداً**) أو صبياً (**محجوراً**)

وجده سيده أخذه وقبض العبد أجره صحيح ولو آجر عبده هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة صح الأول بأربعة ولو استأجر عبداً فابق أو مرض فادّعى وجوده أول

الإجارة بعد الفراغ صحيحة استحساناً لأنَّ الفساد لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه في الصحة، ووجوب الأجر له.

والقياس أن يسترده لانعدام إذن المولى وقيام الحجر وهو قول الأئمة الثلاثة وفي شرح الكنز للعيني وعليه أجر المثل.

وكذا الحكم في الصبي المحجور عليه إذا آجر نفسه فالأجر له ولو أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الإجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للسيد وأجر ما يستقبل للعبد وإن آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فإنْ فسخ الإجارة فأجر ما مضى للمولى وإنْ أجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى وإذا هلك العبد المحجور في حالة الاستعمال تجب عليه قيمته ولا يجب عليه الأجر (**ولو آجر العبد المغصوب نفسه**) لآخر (**فأكل غاصبه**) أي العبد (**أجره لا يضمنه**) أي لا يضمن الغاصب ما أخذ من الأجر من يد العبد فأتلفه عند الإمام لأنَّ الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأنَّ التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لأنَّ العبد لا يحرز نفسه فكيف يحرز ما في يده كما لو آجره الغاصب فأخذ أجره فأتلف لا ضمان عليه بالاتفاق قبل رده على المغصوب منه، أو تصدقه وهو أولى لتطرق خبث فيه (**خلافاً لهما**) أي قالا: يضمن لأنَّه أكل مال المالك بغير إذنه لأنَّ الإجارة تعتبر صحيحة بعد الفراغ على ما مر فيكون الأجر راجعاً إلى مولاه (**وما وجده**) من الأجر (**سيده**) في يد العبد وغيره (**أخذه**) بالاتفاق لأنَّه عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك (**وقبض العبد أجره**) من المستأجر (**صحيح**) بالإجماع لأنَّه المباشر للعقد فيخرج المستأجر عن عهدة الأجر بالأداء إلى العبد (**ولو آجر**) رجل (**عبده هذين الشهرين**) آجر (**شهراً بأربعة**) دراهم (**وشهراً بخمسة**) دراهم من غير تعيين منهما (**صح**) العقد على الترتيب المذكور و (**الأول بأربعة**) لأنَّه لما قال شهراً بأربعة ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً بالجواز فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة (**ولو استأجر عبداً فابق أو مرض**) يعني إذا استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء

. . . .

عليه (**فعمل**) المحجور (**وأخذ الأجرة لا يسترده**) المستأجر (**منه**) ليردها بعد الفراغ صحيحة استحساناً ولو هلك العبد المحجور في حالة الاستعمال تجب عليه قيمته لا أجرته. (**قلت**): وللأب إيجار الصغير ولو بدون أجر المثل على الصحيح وكذا اعارته أي ليتعلم الحرفة، وليخدم الأستاد وليس له إعارة ما له وسيجيء في المأذون (**ولو آجر العبد المغصوب نفسه فأكل غاصبه أجره**) الذي آجر العبد نفسه به (**لا يضمنه**) عنده (**خلافاً لهما**) ولو آجره الغاصب لا يضمنه اتفاقاً (**وما وجده سيده**) في يده (**أخذه وقبض العبد أجره**) من مستأجره (**صحيح**) لأنَّه المباشر للعقد (**ولو آجر**) رجل (**عبده هذين الشهرين شهراً بأربعة**) دراهم (**وشهراً بخمسة صح**) في الشهر (**الأول بأربعة**) وبعكسه صح بخمسة (**ولو استأجر عبداً**

المدة والمولى وجوده قبيل الاخبار بساعة حكم الحال فإنْ كان حاضراً أو صحيحاً صدق المولى وإلاّ فالمستأجر وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى وجريانه ولو قال رب الثوب امرتك أنْ تصبغه أحمر فصبغه أصفر وقال الصانع امرتني بما صنعت صدق رب الثوب. وكذا الاختلاف في القميص والقباء فإن حلف ضمن الصانع قيمة ثوبه غير

آخر الشهر والعبد مريض أو آبق واختلفا (**فادّعى**) المستأجر (**وجوده**) أي وجود المرض أو الإباق (**أول المدة و**) ادعى (**المولى وجوده قبيل الإخبار بساعة حكم الحال**) أي يجعل الحال حكماً بينهما فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لأنَّ القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر وعن هذا قال (**فإنْ كان**) العبد (**حاضراً**) وقت الدعوى في صورة الإباق (**أو صحيحاً**) في صورة المرض (**صدق المولى**) ويحكم بأنَّه ليس كذلك من أول المدة فيجب الأجر (**وإلاّ**) أي وإنْ لم يكن حاضراً أو صحيحاً وقت الدعوى (**فالمستأجر**) أي يصدق المستأجر ويحكم بأن مرض العبد أو إباقه من أول المدة (**وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى وجريانه**) أي وكذا لو قال المالك: ماء الطاحونة كان جارياً في المدة وقال المستأجر: لم يكن جارياً فيها فالقول للمالك إنْ كان جارياً وإلاّ فالمستأجر، وفي الخلاصة رجلٌ استأجر رحى ماء وبيتها ومتاعها مدة معلومة بأجرة معلومة فانقطع الماء سقط من الأجر بحسابه وإنْ لم ينقض الإجارة حتى عاد الماء لزمته الإجارة وإنْ اختلفا في نفس الإنقطاع يحكم الحال (**ولو قال رب الثوب امرتك أنْ تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصانع أمرتني بما صنعت صدق رب الثوب**) لأنَّ الأذن يستفاد من قبل رب الثوب فكان أعلم بكيفيته فالقول قوله مع يمينه. ألا يرى لو أنكر الإذن بالكلية كان القول قوله وكذا إذا أنكر صفته (**وكذا الاختلاف في القميص والقباء**) بأن قال رب الثوب: أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصاً فالقول لرب الثوب أيضاً مع يمينه (**فإن حلف**) رب الثوب (**ضمن الصانع قيمة ثوبه غير معمول**) أي صاحب الثوب بعد الحلف مخيراً إن شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول (**ولا أجر له أو أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به المسمى**) على ما بينا من قبل وعن محمد أنه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغاصب وقال ابن أبي ليلى: القول قول الصباغ (**وإن قال رب الثوب عملت لي بلا أجر وقال الصانع بأجر فالقول لرب الثوب**) لأنَّه ينكر تقوم عمل الصانع لأنَّه يتقوم بالعقد ولا ينكر

. . . .

فأبق أو مرض فادّعى) المستأجر (**وجوده**) أي الإباق أو المرض (**أول المدة و**) ادّعى (**المولى وجوده قبيل الاخبار بساعة حكم الحال**) فيكون القول لمن يشهد له الحال بيمينه (**فإن كان**) العبد الآبق (**حاضر أو**) المريض (**صحيحاً صدق المولى وإلاّ فالمستأجر**) لما مر (**وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى وجريانه**) أي فيحكم الحال في مسألة الطاحونة أيضاً ولو اختلفا في قدر انقطاعه، فالقول للمستأجر والبينة للآجر (**ولو قال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصانع أمرتني بما صنعت صدق رب الثوب**)، بيمينه لأنه منكر (**وكذا الاختلاف في القميص والقباء فإن حلف**) رب الثوب

معمول ولا أجر له أو أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به المسمي وإنْ قال رب الثوب عملت لي بلا أجر وقال الصانع بأجر فالقول لرب الثوب وعند أبي يوسف للصانع إن كان حريفاً له وعند محمد للصانع إنْ كان معروفاً بعمله بالأجر.

باب فسخ الإجارة

تفسخ بعيب فوت النفع كخراب الدار وانقطاع ماء الأرض أو الرحى أو أخل به كمرض

الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر مع يمينه عند الإمام في القياس، وعند الشافعي في قول واحد القول للصانع، (وعند أبي يوسف) القول (للصانع إن كان حريفاً) أي معاملاً (له) بأن سبق بينهما أخذ وإعطاء يلزم له الأجر لأنَّ ما سبق من المعاملة يدل على أنه يعمل بأجر فقام ذلك مقام الاشتراط في الاستحسان (وعند محمد) القول (للصانع إنْ كان معروفاً بعمله بالأجر) لأنَّه فتح الحانوت لأجل الأجر جرى ذلك مجرى التنصيص على عتبار الظاهر في الاستحسان فجواب الإمام عن استحسانهما أنَّ الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق وهنا تحتاج إلى استحقاق الأجر والفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى كما في التبيين وغيره.

باب فسخ الإجارة

وجه التأخير عما قبله ظاهر إذ الفسخ يعقب العقد لا محالة (تفسخ) الإجارة (بعيب فوت) صفة عيب (النفع كخراب الدار وانقطاع ماء الأرض أو) ماء (الرحى) فإنَّ كلا منها يفوت النفع فيثبت خيار الفسخ.

وفي الهداية ومن أصحابنا من قال بأن العقد لا ينفسخ لأنَّ المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الإباق في العبد. وعند محمد أن الآجر لو بناها أي بعد الخراب ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على أنه لا ينفسخ لكنه أي العقد يفسخ والأصح ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنَّه جزء من المعقود عليه.

. . . .

(ضمن الصانع قيمة ثوبه غير معمول ولا أجر أو أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به المسمى وإن قال رب الثوب: عملته لي بلا أجر وقال الصانع بأجر فالقول لرب الثوب) بيمينه وهذا عنده (وعند أبي يوسف القول للصانع إن كان حريفاً) أي معاملاً (له) وإلاَّ لا (وعند محمد) القول (للصانع إن كان معروفاً بعمله بأجر) وقيام حاله بهذه الصفة وإلاَّ فلا وبه يفتي كما في التنوير وغيره وهذا بعد العمل، أما قبله فيتحالفان وتمامه في شرحنا عليه.

باب فسخ الإجارة

تفسخ الإجارة جواز (بعيب) قديم أو حادث (فوت النفع) بالمستأجر (كخراب الدار وانقطاع ماء الأرض أو الرحى) وكذا لو كانت تسقى بماء السماء فانقطع المطر فلا أجر كما في الخانية أي وإن لم تفسخ

العبد ودبر الدابة، فلو انتفع به معيباً أو أزال الموجر عيبه سقط خياره وتفسخ بالعذر وهو

وفي التبيين فإذا استوفاه لزمته حصته، وفي الولوالجي رجل استأجر أرضاً ليزرعها فزرعها، ولم يجد الماء ليسقيها فيها الزرع والمسألة على وجهين إمَّا أن يستأجرها بشربها، أو بغير شربها ففي الوجه الأول سقط عنه الأجر لفوات التمكن من الانتفاع، وفي الوجه الثاني إن انقطع ماء الزرع على وجه لا يرجى فله الخيار وإنْ انقطع قليلاً قليلاً ويرجى منه السقي فالأجر عليه واجب ولو لم ينقطع الماء لكن سال الماء عليها حتى لا تتهيأ به الزراعة فلا أجر عليه لأنَّه عجز عن الانتفاع به، وصار كما غصبه غاصب.

وفي الخانية رجل استأجر أرضاً فانقطع الماء قال إنْ كانت العرض تسقي من ماء الأنهار لا شيء على المستأجر أرضاً فانقطع الماء قال إنْ كانت العرض تسقي من ماء الأنهار لاشيء على المستأجر وكذا إذا كانت بماء السماء فانقطع المطر (**أو أخل**) عطف على فوت (**به**) أي بالنفع يعني العيب لا يفوت النفع بالكلية، بل يخل به بحيث ينتفع به في الجملة (**كمرض العبد ودبر الدابة**) الدبرة واحدة الدبر بالفتح جراحة يحدث في ظهرها من ثقل الرجل فإنَّ الإجارة تفسخ به أيضاً وفي شرح الوقاية لابن الشيخ ولا حاجة إلى القضاء ولا إلى الرضى في الفسخ بعيب لفوات النفع بتمامه ويحتاج إلى القضاء أو الرضى بالعيب الذي يخل به عند عامة المشائخ لفوات النفع على وجه يتصور عوده (**فلو انتفع**) المستأجر (**به**) أي بالمستأجر (**معيباً**) ورضى بالعيب (**أو أزال المؤجر عيبه سقط خياره**) أي خيار المستأجر لحصول الرضى والتمكن من الانتفاع فيجب عليه أجره كاملاً. وفي المنح وعمارة الدار المستأجر وتطيينها، وإصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار فإن أبى صاحبها كان للمستأجر أن يخرج من الدار إلاَّ أن يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك وقد رآها لرضاه بالعيب وإصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على صاحب الدار بلا جبر عليه لأنَّه لا يجبر على إصلاح ملكه فإنْ فعل ما ذكر من إصلاح المستأجر فهو متبرع فيه فليس له أن يحبسه من الأجرة.

وكذا تفسخ الإجارة بخيار الشرط والرؤية عندنا خلافاً للشافعي (**وتفسخ**) الإجارة (**بالعذر**) عندنا لأنَّ المعقود عليه في الإجارة النفع وهو غير مقبوض فيكون العذر فيها كالعيب

على الأصح كما يأتي (**أو أخل**) عطف على فوت النفع (**به**) أي بالنفع بحيث ينتفع به في الجملة (**كمرض العبد ودبر الدابة**) بالفتح جرح ظهرها أو خفها، وكذا ندها وأفاد بقوله تفسخ أنها لا تفسخ بالعيب وهو الأصح وأنه لا ينفرد بالفسخ ولو بعد القبض كما في القهستاني وسيتضح، (**فلو انتفع به معيباً**) في مدة الإجارة (**أو أزال المؤجر عيبه**) كما إذا بنى الدار المهدومة، أو أزال العيب (**سقط خياره**) لزوال السبب ولزم بدله.

أما إذا لم يخل العيب بالنفع كعور الغلام وسقوط حائط من الدار فلا يثبت به الخيار أصلاً بخلاف

العجز عن المضي على موجب العقد إلاّ بتحمل ضرر غير مستحق به كقلع سن سكن وجعه بعدما استوجر له وطبخ لوليمة ماتت عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها أو اختلعت، وكذا لو استأجر دكاناً ليتجر فذهب ماله أو آجر شيئاً فلزمه دين لا يجد قضاءه إلاَّ من ثمن ما آجره ولو بإقراره أو استأجر عبداً للخدمة في المصر أو مطلقاً فسافر أو

قبل القبض في البيع خلافاً للشافعي لأنَّ العقد في الإجارة واقع على الأعيان لكون المنافع بمنزلتها عنده فتكون الإجارة كالبيع، فلا تفسخ بالعذر، بل تفسخ بالعيب وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور (**وهو**) أي العذر (**العجز عن المضي على موجب العقد إلاّ بتحمل ضرر غير مستحق به**) أي بعقد الإجارة (**كقلع سن سكن وجعه**) أي السن (**بعدما استوجر له**) أي لقلع السن فإن العقد إن بقي لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد (**وطبخ لوليمة ماتت عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها**) أي لوليمتها (**أو**) طبخ لوليمة (**اختلعت**) عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها فإن العقد إن بقي تضرر المستأجر بإتلاف ماله في غير الوليمة (**وكذا**) تفسخ (**لو استأجر دكاناً ليتجر**) فيه (**فذهب ماله**) أي مال المستأجر وأفلس (**أو آجر شيئاً فلزمه**) أي المؤجر (**دين لا يجد قضاءه**) أي قضاء دينه (**إلاَّ من ثمن ما آجره**) من دار أو دكان (**ولو**) وصلية (**بإقراره**) أي ولو كان الدين بإقرار المؤجر لأنَّه لو بقي العقد يلزمه الحبس لأجله حيث لا يقدر ما لا سواه وهو ضرر زائد لم يستحقه بالعقد وفيه إشارة إلى أنَّه لو كان له مال غيره لا تفسخ (**أو استأجر عبداً للخدمة في المصر أو مطلقاً**) أي بلا تقييد بالمصر (**فسافر**) المستأجر فإنَّه حينئذ يثبت حق

. . . .

المخل كما في المنح وكما تفسخ بخيار عيب كما مر تفسخ بخيار رؤية، وكذا شرط قبل انقضاء الأيام الثلاثة فلو فسخ في الثالث منها فلا أجر لليومين لأنَّه ابتداء المدة من وقت سقوطه، ولا يشترط حضور صاحبه ولا علمه خلافاً للطرفين.

(**قلت**): والأول المختار وقيل للمفتي الخيار في ذلك كما في المضمرات، وأقرَّه القهستاني (**وتفسخ**) أيضاً (**بالعذر**) أي للمستأجر ولاية فسخها أيضاً بقضاء القاضي، أو برضى المؤجر هو الصحيح، وقيل: هذا في عذر فيه شبهة كالدين أما الواضح فينفرد بفسخه قال قاضيخان والمحبوبي هو الأصح كما في المنح عن التبيين ونقل فيه عن الاختيار معزياً للمحيط وغيره أنَّه ينفرد فيهما هو الأصح لأنَّه في معنى العيب قبل القبض.

(**قلت**): وقدمنا عن القهستاني أنه في العيب ينفرد ولو بعد القبض ولا يشترط حضور المالك وعزاه للمضمرات قال، وذكر في الصغرى أنَّه شرط بالإجماع، انتهى. لكن عبارة الصغرى على ما في البرجندي أنَّه بانهدام جداراً وبيت من دار يفسخ بحضرته إجماعاً وبانهدام كلها له الفسخ بغيبته، قال: ولا تنفسخ ما لم يفسخ هو الصحيح لصلاحيتها لنصبه الفسطاط لكن تسقط الأجرة فسخ، أو لم يفسخ لعدم تمكنه مما قصده انتهى موضحاً.

اكترى دابة للسفر ثم بدا له منه ولو بدا للمكاري منه فليس بعذر ولو مرض فهو عذر في رواية الكرخي دون رواية الأصل ولو استأجر خياط يعمل لنفسه عبداً يخيط له فأفلس فهو عذر بخلاف خياط يخيط بالأجر وبخلاف تركه الخياطة ليعمل في الصرف وبخلاف

الفسخ لأنَّ خدمة السفر أشق فلا ينتظمها الخدمة المطلقة فضلاً عن المقيدة بالمصر وفي منع المستأجر عن السفر ضرر لم يستحق بالعقد ولو اكتفى بقوله مطلقاً لكان أخصر وشمل للمصر وغيره تدبر (**أو اكترى دابة للسفر ثم بدا له منه**) أي ظهر للمستأجر ما يوجب المنع من السفر لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب وقته أو طلب غريم له فحضر، أو التجارة فافتقر وغير ذلك فإنه يثبت له حق الفسخ لأنَّه لو مضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد (**ولو بدا للمكاري منه**) أي ولو ظهر له ما يوجب المنع من السفر (**فليس بعذر**) لأنه لا يلزمه ضرر لأنه يمكنه أنْ يعقد ويبعث تلميذاً أو أجيراً (**ولو مرض**) المكاري (**فهو عذر في رواية الكرخي**) لأنَّه لا يعري عن ضرر لأنَّ غيره لا يشفق على دابته مثله، وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما إذا لم يمرض (**دون رواية الأصل**) لما ذكرنا. وفي القهستاني الفتوى على الرواية الأولى فلهذا اختار المصنف فقدمها (**ولو استأجر خياط يعمل لنفسه**) لا لغيره (**عبداً يخيط له**) أي للخياط (**فأفلس**) الخياط

. . . .

(**قلت**): وهي صريحة في الفرق بين انهدام كلها وبعضها فيرجع إلى المخل، وغير المخل ولا خيار في غير المخل أصلاً على ما مر فتدبر (**وهو**) أي العذر (**العجز عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر**) هو نقصان أحد المتعاقدين بدناً أو مالاً (**غير مستحق به**) أي بالعقد إن بقي العقد (**كقلع سن سكن وجعه بعدما استؤجر له وطبخ لوليمة ماتت عروسها بعد الاستئجار للطبخ لها**) أي لوليمتها (**أو اختلعت**) من زوجها، فإنه تفسخ للعذر الظاهر الذي لم يلزم بالعقد (**وكذا لو استأجر دكاناً**)، مثلاً (**ليتجر فذهب ماله**) أما ضيق الدكان فليس بعذر ككساد السوق، وفيه خلاف كما في المنية (**أو آجر شيئاً فلزمه دين لا يجد قضاءه**) أي قضاء ذلك الدين بشيء (**إلا من ثمن ما آجره**) فإنَّه يفسخ لما ذكرنا، ثم يباع وقيل: يباع ويفسخ الإجارة كما في القهستاني عن قاضيخان ورجح غيره الثاني لأنَّ فسخها ضمناً أنفع (**ولو**) كان ذلك الدين ثابتاً بعيان، أو ببيان أو (**بإقراره**) لأنَّه يحبس به فيتضرر إلاَّ إذا كانت الأجرة المعجلة تستغرق قيمتها كما في الأشباه (**أو استأجر عبداً للخدمة في المصر أو مطلقاً فسافر**) لتضرره بمشقة السفر فلو أنكره المؤجر استفسر القاضي عمن يسافر معه وقيل: يثبت بثيابه للسفر، وقيل: القول فيه للمؤجر، وقيل للمستأجر فيحلف بأنه أنكر عزمه على السفر وبه أخذ الكرخي والقدوري وأما سفر الأجر فليس بعذر وسفر مستأجر الدار والقطع عذر كما يأتي (**أو اكترى دابة للسفر ثم بدا له منه**) عند العقد أو بعده، ولو في الطريق وله الأجر بحسابه وفيه رمز إلى أنَّه لو بدا له أن لا يكتري هذه الدابة بل غيرها، فليس بعذر، لكن لو اشترى دابة يكون عذراً لأنَّه استغنى عن الإجارة كما في البرجندي عن الخزانة وإلى أنْ بدا قالع سنه وقاطع يده للأكلة وهادم داره من القلع والقطع والهدم عذر كما في القهستاني أيضاً، (**ولو بدا للمكاري عنه**) أي السفر (**فليس بعذر**) إذ يمكنه إرسال أجيره (و) أما (لو

بيع ما آجره. ولو استأجر دكاناً ليعمل الخياطة فتركه لعمل آخر فعذر وكذا لو استأجر

(فهو عذر) لأنَّه يلزمه الضرر على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله **(بخلاف خياط يخيط بالأجر)** فإنَّه ليس بعذر لأن رأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه **(وبخلاف تركه)** أي الخياط **(الخياطة ليعمل في الصرف)** حيث لا يكون عذراً لأنَّه يمكنه أن يعقد الغلام للخياطة في ناحية من الدكان وهو يعمل في الصرف في ناحية **(وبخلاف بيع ما آجره)** فإنَّ هذا ليس بعذر للفسخ بدون لحوق دين لإمكان استيفاء المستأجر والعين على ملك المشتري كما يستوفيها، والعين على ملك البائع كما في الشمني. وقال أبو المكارم: وهل يجوز البيع اختلفت الروايات فيه في الكفاية. قال الإمام السرخسي الصحيح أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أنْ يفسخ البيع وهو اختيار صدر الشهيد، وفي الخانية هو أصح الروايات، وفي الجامع الصغير كل ما ذكرنا أنَّه عذر فإنّ الإجارة فيه تنتقض وهذا يشير إلى أنَّه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، وفي الزيادات أنَّ الأمر يرفع إلى الحاكم ليفسخ الإجارة لأنه فعل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة قال السرخسي هذا هو الأصح.

ومنهم من فرَّق فقال: إنْ كان العذر ظاهراً انفسخت وإلا يفسخها الحاكم، قال قاضيخان والمحبوبي وهو الأصح **(ولو استأجر دكاناً ليعمل الخياطة فتركه)** أي عمل الخياطة **(لعمل آخر فعذر)** تفسخ به الإجارة لأنَّ الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين بخلاف ما إذا استأجر الخياط عبداً ليخطيه فترك الخياطة لعمل الصرف، لأنَّ العامل ثمة شخصان فأمكنهما كما في الهداية، وفي الفرائد وفيه بحث لأنه يمكن أن يعمل العمل الآخر فيه مكان عمل الخياطة فلا يلزم الجمع بين العملين انتهى، لكن يمكن أن يجاب بأنَّ المكان الذي تعمل فيه الخياطة لا يمكن أنْ يعمل فيه عمل آخر في أكثر البلاد عادة فيلزم العذر **(وكذا لو استأجر عقاراً، ثم أراد السفر)** فهو عذر لما فيه من المنع عن السفر وفيه ضرر تعطيل مصالح السفر أو الزام الأجر بدون الانتفاع بخلاف ما إذا آجر عقاراً ثم سافر لأنَّه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه

. . . .

مرض المكاري **فهو عذر في رواية الكرخي دون رواية الأصل)** والمختار عند المصنف الأول وعليه الفتوى كما في القهستاني **(ولو استأجر خياط يعمل لنفسه)** بماله لإبرته **(عبداً يخيط له فأفلس فهو عذر بخلاف خياط يخيط بالأجر)** لغيره **فأفلس** فليس بعذر لأنه موسر بالإبرة والمقراض حتى لو ظهر خيانته فتركوا معالمه، كان عذراً لأنه نوع إفلاس كما في الكافي **(وبخلاف تركه الخياط ليعمل في الصرف)** فليس بعذر لإمكان الجمع فيجلس العبد في جانب وهو في آخر **(وبخلاف بيع ما آجره)** المؤجر من المشتري فليس بعذر بدون لحوق دين كما مر، ويوقف بيعه إلى انقضاء مدتها هو المختار، لكن لو **قضى بجوزه** نفذ كما في شرح الوهبانية **(لو استأجر دكاناً ليعمل الخياطة)** فأراد أن يتركها **(فتركه لعمل آخر)** **واشتغله بغيره** **(فعذر)** لأنَّ الواحد لا يكمنه الجمع بين العملين بخلاف الاثنين كما مر، **(وكذا لو**

عقاراً، ثم أراد السفر وتنفسخ بموت أحد العاقدين عقدها لنفسه فإن عقدها لغيره فلا كالوكيل والوصي ومتولي الوقف.

استيفاء المنفعة بعد غيبة المؤجر (**وتنفسخ**) الإجارة بلا حاجة إلى الفسخ (**بموت أحد العاقدين**) أي أحد من الأجر والمستأجر وعند الأئمة الثلاثة لا يبطل بموت أحدهما ولا بموتهما كالبيع، ولنا أنَّ المنافع والأجر صارت ملكاً للورثة والعقد السابق لم يوجد منهم فينتقض (**عقدها لنفسه**) فالجملة حال عن أحد أي حال كون أحد العاقدين قد عقدها لنفسه، أو صفة لعدم تعرفه بالإضافة على طريقة قوله، ولقد أمر على اللئيم يسبني، لأنَّ المعروف بلام العهد الذهني وما أضيف إليه في حكم النكرة (**فإن عقدها**) أي الإجارة (**لغيره فلا**) تنفسخ الإجارة لموته (**كالوكيل**) يعقدها لموكله (**والوصي**) وكذا الأب والقاضي يعقدها لمجوره (**ومتولي الوقف**) يعقدها للوقف لأنَّ المؤجر والمستأجر باقيان فلا يلزم ما مرَّ من عدم الجواز لانعدام الانتقال حتى لو مات المعقود عليه بطلت، ولو مات أحد المستأجرين أو أحد المؤجرين بطلت الإجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الآخر، وقال زفر: تبطل في نصيب الحي أيضاً لأنَّها أجرة المشاع ولنا أن عدم الشيوع شرط في ابتداء العقد لا في بقائه.

. . . .

استأجر) داراً للسكنى أو (**عقاراً ثم أراد السفر**) فهو عذر للضرر البين (**وتنفسخ**) الأجارة بلا حاجة إلى الفسخ بخلاف ما مر (**بموت أحد العاقدين**) أي أحد من الآجر والمستأجر، أو من الآجرين أو المستأجرين لانعقادها ساعة فساعة فتتوقف على حياتهما، فلو مات أحد أجيرين أو مستأجرين انفسخ في حصته دون الحي كما في الكافي. (**قلت**): وقد تقرر استثناء الضروريات فمن الظن أنَّه لا تنتقض بموت المزارع أو المكاري في طريق مكة، فإنَّه لا ينفسخ حتى يبلغ مأمناً لأنَّ الإجارة كما تنقض بالأعذار تبقى بالأعذار فليحفظ.

نعم يشكل بموت المعقود عليه كدابة معينة فإنه ينفسخ إنْ (**عقدها لنفسه فإن عقدها لغيره فلا**) تنفسخ لبقاء العاقدين حقيقة، لكن تنفسخ بموت ذلك الغير، ذكره البرجندي (**كالوكيل**) آجر أو مستأجراً وفيه إشعار بأنها لا تنفسخ بموتهما إذا كانا وكيلين للآجر والمستأجر كما في القهستاني عن قاضيخان فما نقله الباقاني وغيره عن الذخيرة من تقييده بوكيل الإجارة.

وأما الوكيل بالاستئجار فتبطل بموته لأنَّه كالمالك ففيه كلام حررته فيما علقته على التنوير (**والوصي**) والأب والجد والقاضي (**ومتولي الوقف**) ولو الغلة له بمفرده كما في القهستاني وفتاوى قارىء الهداية وهو المذهب خلافاً لما في الأشباه عن الوهبانية، وكذا لو هو الواقف بنفسه استحساناً لأنه آجر لغيره كما في القبض وغيره، وحكم عزلهم كموتهم فلا تفسخ وتمامه فيما حررته على التنوير. (**تتمة**) ولا تبطل الإجارة بجنون أحدهما ولا بردته إلا أن يلحق بدارهم ويقضي به فإن عاد مسلماً في المدة عادت الإجارة كما في الباقاني عن الظهيرية وفي وقف الأشباه لا تنفسخ الإجارة بموت مؤجر الوقف إلاَّ في مسألتين ما إذا آجرها الواقف ثم ارتد، ثم مات لبطلان الوقف بردته، وفيما إذا آجر أرضه ثم وقفها على معين، ثم مات تنفسخ انتهى، وفي الثاني ما مرَّ فتدبر.

مسائل منشورة

ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة، أو مستعارة فاحترق شيء في أرض غيره لم يضمن إنْ كانت الريح هادئة مضطربة ضمن ولو أقعد خياط أو صباغ في حانوته من

مسائل منشورة

أي هذه مسائل متفرقة على أبواب الإجارة قد تداركها وجمعها في آخر الكتاب **(ولو أحرق)** المستأجر **(حصائد أرض مستأجرة، أو مستعارة)** وهي جمع حصيدة وهي ما يحصد من الزرع والنبت والمراد هنا ما يبقى من أصول القصب المحصود في الأرض **(فاحترق)** بسببه **(شيء في أرض غيره لم يضمن)** لأنَّه غير متعد في التسبيب فلم يوجد شرط الضمان لأنَّ فعله وقع في ملك نفسه كمن حفر بئراً في داره فوقع إنسان لا ضمان عليه **(إنْ كانت الريح هادئة)** حين أوقد النار ثم تحركت لأنَّه لا صنع له والهادئة من هدأ بالهمزة أي سكن، وفي بعض النسخ هادنة من هدن، أي سكن **(وإنْ)** كانت الريح **(مضطربة ضمن)** لأنَّه قد فعل مع علمه بعاقبته فافضى إليها فجعل كمباشر وهذا القول الذي ذكره من تفصيل الهادئة والمضطربة اختيار شمس الأئمة السرخسي كما في أكثر المعتبرات.

وفي التنوير بنى المستأجر تنوراً أو دكاناً في الدار المستأجرة واحترق به بعض بيوت الجيران أو الدار لا ضمان عليه مطلقاً أي سواء بنى بإذن صاحب الدار أو لا إلاّ أن يجاوز ما يصنعه الناس.

وفي التبيين لو وضع جمرة في الطريق فاحترقت شيئاً ضمن لأنَّه متعد بالوضع، ولو رفعته الريح إلى شيء فأحرقته لا يضمن لأنَّ الريح نسخت فعله، ولو أخرج الحداد الحديد من الكور في دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار إلى طريق العامة وأحرق شيئاً ضمن ولو لم يضربه، ولكن أخرج الريح شيئاً لم يضمن، ولو سقى أرضه سقياً لا يحتمله الأرض فتعدى إلى أرض جاره ضمن **(ولو أقعد خياط أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العمل**

. . . .

مسائل منشورة

ويقال متفرقة وشتى والمعنى واحد، **(ولو أحرق حصائد)** أي بقايا أصول قصب محصود في **(أرض مستأجرة أو مستعارة)** أي فالمملوكة بالأولى كما في الشرنبلالية ومثله أرض بيت المال المعدة لمحط قوافل وطرح حصائط، ورعي دواب ونحوه، **(قلت)**: والحاصل أنَّه إن لم يكن له حق الانتفاع في الأرض يضمن ما أحرقته في مكانه بنفس الوضع لا ما نقلته الريح على ما عليه الفتوى كما حررناه في شرح التنوير، **(فاحترق شيء في أرض غيره لا يضمن)** لأنه سبب لا مباشرة هذا **(إن كانت الريح هادئة)** حين أوقد النار **(وأنَّ)** الريح **(مضطربة ضمن)** لأنَّه يعلم مجاوزتها فيكون مباشراً كما لو سقى أرضه سقياً لا تحتمله فتعدى لأرض جاره ضمن لأنَّ من طبع الماء السيلان، فيضاف الإتلاف لفعله.

يطرح عليه العمل بالنصف صح، وكذا لو استأجر جملاً يحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة وله المحمل المعتاد بين الناس والقياس أنْ لا يجوز لجهالته وبه قال الشافعي وإنْ

بالنصف صح) هذا الفعل لأنَّ صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولا يكون حاذقاً في العمل فيقعد عنده حاذقاً يطرح عليه العمل، وكان القياس أنْ لا يجوز لأنَّه استأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول لكنَّه جاز استحساناً لأنَّ أحدهما يقبل العمل بالوجاهة، والآخر يعمل بالحذاقة، فبذلك تنتظم المصلحة ولا تضره الجهالة الحاصلة من الكسب قيل: لأنَّ تخصيص العمل بأحدهما لا يدل على نفي العمل عن الآخر فإذا تقبل أحدهما العمل، والآخر يعمل يجوز كما يجوز في شركة الصنائع والتقبل لعدم الجهالة المفضية إلى النزاع.

قال صاحب الهداية: هذه شركة الوجوه، وقال العيني في شرح الكنز: وفيه نظر لأنَّ شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس شيء في هذه من بيع ولا شراء فكيف يتصور أن يكون شركة الوجوه انتهى.

لكن يمكن التوفيق بأن مراد صاحب الهداية بشركة الوجوه ليس ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة، بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشدك إليه قوله: هذا بوجاهته يقبل، وهذا بحذاقته يعمل، ويمكن بوجه آخر أنَّه أطلق عليه شركة الوجوه تغليباً لجهة الوجاهة على جهة العمل لكونها سبباً تأمل.

(وكذا) صحَّ **(لو استأجر جملاً يحمل عليه محملاً وراكبين)** يقعدان فيه **(إلى مكة)** استحساناً لأنَّ المقصود هو الراكب وهو معلوم، والمحمل تابع وما فيه من الجهالة تزول بالصرف إلى المعتاد فلهذا قال: **(وله)** أي للمستأجر **(المحمل المعتاد)** بين الناس والقياس أنْ لا يجوز لجهالته وبه قال الشافعي **(وإنْ شاهد الجمال الحمل فهو أجود)** لأنَّه أقرب لحصول الرضى **(وإنْ استأجره)** أي الجمل **(لحمل زاد فأكل)** المستأجر **(منه)** أي من الزاد في الطريق

. . . .

أما النار فمن طبعها الخمود فلم يضف الإتلاف للموقد، بل للريح كحجر دحرجه السيل لفسخه بفعله هذا هو الأصل، وأصل آخر وهو أنَّ له التصرف في ملك نفسه لكن بشرط السلامة ولو تقدم إليه جاره بأن يسكر الماء فلم يفعل ضمن وإلاَّ لا، ويكون هذا كإشهاد على حائط كما في الشرنبلالية عن جامع الفصولين فليحفظ **(ولو أقعد خياط، أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف)** سواء اتحد العمل، أو اختلف كخياط مع قصار **(صح)** هذا الفصل استحساناً لأنه شركة الصنائع، وفي بعض نسخ الهداية أنه كشركة الوجوه، **(قلت)**: وحينئذ فيسقط نظر الزيلعي والعيني فتأمل **(وكذا لو استأجر جملاً يحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة)** صح أيضاً استحساناً **(وله المحمل المعتاد)** وقال الشافعي: لا يصح **(وإن شاهد الجمال المحمل)** والطراحة واللحاف **(فهو أجود)** لأنه أقرب لحصول الرضى به. وعند الإمام أحمد لا يصح بغير المشاهد. **(فائدة)**: حمل البعير مائتان وأربعون مناً وهو الوسق وهو

شاهد الجمال المحمل فهو أجود وإنْ استأجره لحمل زاد فأكل منه فله رد عوضه ولو قال لغاصب داره فرغها وإلا فأجرها كل شهر كذا فلم يفرغ فعليه المسمي فإن جحد الغاصب ملكه أو لم يجحد لكن قال لا أريدها بالأجر فلا وإنْ برهن على ملكه بعد

(فله) أي للمستأجر **(رد عوضه)** أي عوض ما أكل لأنَّ المستحق عليه حمل معلوم في جميع الطريق فله استيفاؤه، وعند الشافعي في الأظهر لا يرده ولو شرط رده صح بالإجماع، ولو شرط عدمه لا يصح بالإجماع **(ولو قال لغاصب داره فرغها)** أي الدار **(وإلا)** أي وإنْ لم تفرغ **(فأجرها كل شهر كذا فلم يفرغ)** الغاصب بعد ذلك بل مكث فيها أيام **(فعليه)** أي الغاصب **(المسمى)** أي الذي سماه له المالك من الأجر لوجود الالتزام بسبب عدم التفريغ **(فإن جحد الغاصب ملكه)** أي كون الدار ملك من يدعيها **(أو لم يجحد لكن قال لا أريدها)** أي الدار **(بالأجر فلا)** عليه المسمى لأنَّه حينئذ لا يكون ملتزماً بالإجارة **(وإنْ)** وصلية **(برهن)** المدّعي **(على ملكه بعد جحده)** أي بعد جحد الغاصب لأنَّ البينة بعد ذلك لا تفيد في حق الإجارة وكذا لا يلزم عليه الأجر إذا أقرَّ بالملك له، لكن قال له: لا أريد بالإقرار الأجر لعدم رضاه صريحاً بالإجارة **(ومن آجر ما استأجره بأكثر)** من الأجر الأول **(يتصدق بالفضل)** لأنَّه ربح ما لم يقبضه وعند الشافعي يطيب له الفضل هذا إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى لأنه لو لم تكن من جنسها طاب الفضل اتفاقاً ذكره الطاوي كما في شرح المجمع. قال المولى خسرو: جاز للمستأجر أن يؤجر الأجير من غير مؤجره ولا يجوز أن يؤجره لمؤجره لأنَّ الإجارة تمليك المنفعة، والمستأجر في حق المنفعة قائم مقام المؤجر فيلزم تمليك المالك، وفي المنح تفصيل فليراجع، وفي الغرر وكله لاستئجار دار ففعل وقبض الوكيل ولم يسلمها إلى الموكل حتى مضت المدة رجع الوكيل بالأجر على الآمر كذا إنْ شرط تعجيل الأجر وقبض الوكيل ومضت المدة ولم يطلب الآمر وإنْ

. . . .

ستون صاعاً وهو ثمانية أرطال بالعراقي، وأما بالرطل الحلبي فرطل وأربع أواق تقريباً فيكون حمل البعير تقريباً ثمانون رطلاً بالحلبي **(وإن استأجره)** أي الجمل **(لحمل زاد)** مقدر **(فأكل منه)** في الطريق **(فله رد عوضه)** من زاد ونحوه عملاً بالمقدَّر **(ولو قال لغاصب داره)** منه **(فرغها)** أي اخرج من داري **(وإلا)** تفرغ **(فأجرها)** عليك **(كل شهر بكذا)** كمائة مثلاً **(فلم يفرغ)** أو سكت **(فعليه المسمى)** لأنَّه رضي بالإجارة بطريق التعاطي، وفي إضافة الدار إشعار بأنَّه مقر بملك المغصوب منه وقد صرح به فقال: **(فإن جحد الغاصب ملكه)** للدار **(أولم يجحد)** ملكه لها و **(لكن قال: لا أريدها بالأجر فلا)** يلزمه المسمى **(وإن)** وصلية **(برهن على ملكه بعد جحده)** ولو ببينة فيقضي له بالدار بلا أجر على الغاصب، لأنه صرح بعدم الرضى، بقي لو سكت ثم لما طالبه فقال: لم أسمع كلامك هل يصدق إن به صمم، نعم كما ذكرته في شرح التنوير.

(ومن آجر ما استأجره بأكثر) مما استأجره صح و **(يتصدق بالفضل)** إلا في مسألتين أن يؤجرها بخلاف جنس ما استأجر وإنْ يعمل بها عملاً كبناء قاله شيخنا وعزاه للأشباه.

جحده ومن آجر ما استأجره بأكثر يتصدق بالفضل وتصحّ الإجارة مضافة وكذا فسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والأمارة

طلب الآمر وأبى ليعجل لا يرجع (**وتصح الإجارة**) حال كونها (**مضافة**) إلى زمان في المستقبل بأن قال مثلاً: إذا جاء رأس الشهرة فقد آجرتك هذه الدار بكذا إلى سنة. هذا عندنا لأنَّ مطلقها يقع مضافاً لأنَّ انعقادها يتجدد بحسب ما يحدث من المنفعة على ما عرف فوقوع المقيد أولى بالجواز خلافاً للشافعي لأنَّ المنفعة عنده كالعين فاشبه بيع العين (**وكذا**) يصح (**فسخها**) أي فسخ الإجارة كما إذا قال: فاسختك هذه الإجارة رأس الشهر الآتي، ولو قال: إذا جاء رأسه فقد فاسختك لم يجز، وقال السرخسي: جاز، والفتوى على الأول، وفي العمادي أنَّه لا يصح إجماعاً (**و**) كذا تصح (**المزارعة والمعاملة**) أي المساقاة أيضاً بالإضافة كما إذا قال: دفعت إليك هذه الأرض أو الأشجار للزراعة أو العمل فيها بعد شهر من هذا الوقت لأنَّ كلاً منهما إجارة (**و**) كذا (**المضاربة**) كما إذا دفع عشرة دراهم إلى فلان وقال بعد ما صارت بالعشرة عشرين اعمل به مضاربة بالنصف فإنَّه لم يصر مضارباً إلاَّ عند صيرورتها عشرين درهماً (**والوكالة**) كما إذا قال: بع عبدي غداً فإنَّه يصير وكيلاً لا يصح تصرفه إلاَّ بعد الغد، واختلف في العزل قبله، وصح الرجوع إجماعاً بشرط علم الوكيل لأنهما من باب الإطلاق كالطلاق والعتق والوقف (**والكفالة**) بأنْ قال: ما ذات لك على فلان فعلي لأنها التزم المال ابتداءً فتجوز إضافتها (**والإيصاء**) أي جعل الغير وصياً بأن قال: إذا متُّ فأنت وصي فيما اخلف إذ الإيصاء لا يتصور في الحال إلا إذا جُعل مجازاً عن الوكالة (**والوصية**) بأن قال: فثلث مالي لفلان لأنها تمليك بعده، (**والقضاء والإمارة**) كما بيناه في القضاء (**والطلاق**) بأن قال لامرأته إن قدم فلان فأنت طالق لا تطلق حتى يجيء (**والعتق**) بأن قال لعبده: أنت حر إذا جاء رأس الشهر

. . . .

(**قلت**): والثانية يكثر وقوعها وقد قدمناها في إجارة المشاع فليحفظ، وهذا كله لو آجرها من غير مؤجره فلو منه لم يجز وإنْ تخلل ثالث ولا تبطل الأولى به، به يفتي وتمامه فيما علقته على التنوير.

(**قلت**): وهذا إذا لم يكن للمستأجر بناء فلو له جاز كما يعلم مما مرَّ ثمة فليتأمل (**و**) اعلم أنه (**تصح**) أربعة عشر عقداً وهي (**الإجارة مضافة**) إلى الزمان المستقبل كأجرتك أو فاسختك رأس الشهر أو أول رمضان وهو في شعبان، وكذا إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك به يفتي كما في البرجندي عن العمادية بخلاف فقد فاستختك فإنَّه كان على ما عليه الفتوى، والفرق أن الإضافة تنعقد سبباً بخلاف التعليق.

ألا ترى أنَّه لو قال لله علي أن أتصدق بدرهم غداً فعجله جاز، ولو قال: إن فعلت كذا فعلي أن أتصدق بدرهم لم يجز، وتمامه في الأصول (**وكذا فسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء**) أي جعله وصياً (**والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتق والوقف**) وكذا تصح

والطلاق والعتق والوقف لا البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين.

(والوقف) كما إذا قال: أرضي هذه موقوفة غداً. وفي القهستاني، وتصح العارية والأذن في التجارة مضافين كما في العمادي وفيه إشعار بأنّه لم يصح تعليق كل منها، وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة كما في النهاية، وينبغي أن لا يصح فسخ كل منها غير الإجارة مضافاً انتهى **(لا)** يصح كل واحد من **(البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة الهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين)** حال كونه مضافاً إلى زمان في المستقبل لأنَّ هذه الأشياء تمليك، وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة إلى الإضافة كما في التبيين، وفي التنوير فسخ العقد بعد تعجيل البدل، فللمعجل حبس البدل حتى يستوفي مال البدل كما في التبيين استأجر مشغولاً وفارغاً صحَّ في الفارغ فقط، المستأجر فاسداً إذا أجاز صحيحاً جازت وقيل: لا، وفي الغرر المستأجر لا يكون خصماً لمدعي الإجارة والرهن والشراء بخلاف المشتري.

. . . .

العارية والأذن في التجارة مضافين كما في العمادية، وفيه إشعار بأنه لم يصح تعليق كل منها، وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة، وينبغي أن لا يصح فسخ كل منها غير الإجارة مضافاً، كذا في القهستاني وتكلم فيه فليحرر.

(لا) يصح كل واحد من **(البيع)** مضافاً **(وأجارته)** إذا عقد فضولي **(وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين)** أي عن الدين، وكذا لا يصح العفو عن القصاص مضافاً كما في العمادية، وكذا الوكالة على قول الثاني المفتي به.

(قلت): فهي اثنا عشر لأنها تمليكات للحال فلا تضاف للاستقبال كما لو تعلق بالشرط لما فيه من معنى المقام، وفي القهستاني وفيه إشعار بأنّه ما صح تعليق كل منها مضافاً كما في النهاية انتهى، ومرَّ في متفرقات البيوع وتمامه فيما علقناه على التنوير.

تم الجزء الثالث، ويليه الجزء الرابع
وأوله: «كتاب المكاتب»

فهرس المحتويات